﴿ الجزء العشرون من ﴾

كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الكفالة بالنفس والوكالة بالخصومة

قال رحمه الله وان ادعى رجل قبل رجل دعوى وأخذ منه كفيلا بنفسه ووكيلا بالخصومة ضامنا لما ثبت عليه فهو جائز لان مقصود صاحب الحق التوثق بحقه وتمام التوثق يكون بهذا فان المكفول بنفسه ربما لا يأتى بالكفيل ويخفى شخصه فيتعذر على الطالب اثبات حقه ولا يتوصل الى حبس الكفيل وان كان وكيلا فى خصومته يمكن من اثبات حقه بالبينة وبعد الاثبات ليس له أن يطالب الوكيل باداء المال وربما لا يظفر الوكيل بالاصيل فاذا كان ضامنا لما ذاب عليه توصل الى استيفاء حقه منه فعرفنا ان تمام التوثق بها يحصل فلهذا جوزناه وعلى قول الشافعى رحمه الله هذا الضمان لا يجوز (وأصل المسئلة) ان الكفالة بالمال مضافا الى سبب وجوبه يجوز عندنا نحو ان يقول ماذاب لك على فلان فهو على أو مابعت به فلانا فهو على وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز لانه التزم المال بالعقد فلا يحتمل الاضافة كالالتزام بالشراء ولان الاضافة الى وقت فى معنى التعليق بالشرط والتزام المال بالكفالة لا يحتمل التعليق بالشرط حتى لو علق بدخول الدار وكلام زيد لم يصح فكذلك اذا اضافه الى وقت * توضيحه ان عندكم لو أضاف الكفالة الى موت المطلوب كان صحيحا ولو أضافها الى موت غيره لم يصح ولا فرق بين الموتين فان كل واحد منهما كائن غير موجود وفى الحال ثم جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة بهذه الصفة بأن يقول مابايعت به أحدا من الناس فكذلك جهالة المكفول به تمنع صحته بالاولى لان الملتزم بالعقد هو المكفول به * وحجتنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فهذا المنادى أضاف الالتزام بالكفالة الى سبب وجوب المال وهو المجئ بصواع الملك وانما نادى بأمر يوسف عليه السلام وما أخبر به الله تعالى عن شريعة من قبلنا فهو ثابت فى شريعتنا حتى يقوم دليل النسخ غير أن الشافعى رحمه الله يقول هنا بيان العمالة لمن يأتى به وعندى من أبق عبده فخاطب جماعة وقال من جاء به منكم فله عشرة كان هذا صحيحا ولكنا

نقول استدلالنا بزعامة المنادى بقوله وانا به زعيم ولا حاجة هنا الي معرفة طريق وجوب ذلك المال فان العمالة تجب علي من وقع له العمل فأما الوجوب على الكفيل فبسبب الكفالة الا إنه يقول لم يكن هذا كفالة علي الحقيقة فان المكفول له مجهول وجهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة والكلام فيه من حيث المعنى اذ التزام المال بالكفالة نظير التزام المال بالاقرار من حيث انه التزام لا يقابله الزام على من يلتزم له وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار فكذلك فيما التزمه بالكفالة وجواز الكفالة فى الاصل لحاجة الناس والحاجة ماسة الى اضافة الكفالة الى سبب وجوب المال ولهذا جوز العلماء رحمهم الله الكفالة بالدرك وهو مضاف الى سبب الوجوب بالاستحقاق فبه يتبين ان مثل هذه الجهالة لكونها لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة الكفالة ولا يجوز أن تمنع صحتها لمعنى الخطر فانه موجود فى كل كفالة اذ لا يدرى أن الطالب يطالب الكفيل أو الاصيل فاما الفرق بين الموتين فهو أن موت المطلوب يجوز أن يكون سببا لتوجه المطالبة بالمال عليه بان يكون وارثه فلهذا تصح اضافة الكفالة اليه وكذلك التعليق بكلام زيد ودخول الدار فانه ليس بسبب لوجوب المال بحال فتمحض ذلك تعليقا بالشرط ولا يكون التزاما فاما ههنا فانه أضاف الالتزام الى ما هو سبب لوجوب المال وهو المبايعة والذوب فيكون التزاما صحيحا فان وافى به ودفعه اليه فهو برىء من ذلك لوجود الموافاة به كما التزمه وان لم يفعل فللطالب أن يأخذه بالكفالة ويخاصمه فى دعواه قبل المكفول به والكفيل ضامن له لتحقق الذوب بقضاء القاضى وقد كان ملتزما لما يذوب له عليه والذوب عبارة عن تحقق الوجوب وان قال ان لم أوافك به غدا فانا وكيل فى خصومته ضامن لما ذاب عليه فرضى بذلك المطلوب فهو جائز وانما شرط رضاه فى الوكالة بالخصومة دون الكفالة بالنفس والمال لان الوكيل بالخصومة نائب عنه وربما يتضرر هو به فلا ينفرد به الوكيل بدون رضا الموكل فأما الكفالة فالتزام للطالب ولا يتضرر به المكفول عنه فلا يعتبر رضاه بذلك وكذلك لو قال متى دعوتنى به فلم أوافك به فأنا وكيل فى خصومته ضامن ما ذاب لك عليه لان كلمة متي للوقت فمعناه ان لم أوافك به فى الوقت الذى تطلب منى وهذا الوقت وان كان مجهولا ولكن لا تمكن بسبب جهالته منازعة ولو كفل به علي انه ان لم يواف به غدا ففلان يعنى رجلا آخر وكيل فى خصومته فما قضى به عليه فأنا ضامن له فرضي بذلك المطلوب فهو جائز اذ لا فرق أن يكون الوكيل والضامن للمال هو الكفيل بالنفس وبين أن يكون غيره اذا وجد

منه القبول لذلك وقد بينا انه لو كانت اضافته لذلك كله الى نفسه كان صحيحا فكذلك اذا أضاف كل عقد من هذا الى شخص معلوم وقبلوا ذلك ورضى به المطلوب كان صحيحا ولو قدم الوكالة فقال هو وكيلى فى خصومة ما بينى وبينك ضامن لما ذاب لك على أو لما قضى لك به على أو لما لزمنى لك أو بما لحقني فان وافانى به غدا حتى أدفعه اليك فهو برىء من ذلك فهذا جائز لانه وان أخر التزام المال بالكفالة كان محمولا على معنى التقديم فاذاقدمه فأولى أن يصح وهذه كلها وثائق لحق واحد فلافرق فى صحتها بين تقديم التعيين وتأخير التعيين لان المقصود لايختلف بذلك ولو كفل بنفسه الى أجل فان لم يواف به فيه فهو وكيل فى الخصومة التى بينهما ضامن لما ذاب عليه ولم يشهد المطلوب على ذلك فالكفالة بالنفس والمال جائزة والوكالة والكفالة باطلة لانه أبابه ولا يقدر الانسان على ان يجعل نفسه نائبا عن غيره فى خصومته من غير رضاه فاذا لم يرض المطلوب بوكالته بطلت الوكالة ولا تبطل ببطلانها الكفالة بالمال والنفس لان جوازهما لا يتعلق بصحة الوكالة فانهما صحيحان وان لم يذكر الوكالة أصلا ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به غدا فهو وكيل فى خصومته فرضي به المطلوب فلم يواف به الغد فهو وكيل بالخصومة لان الوكالة اطلاق تحتمل التعليق بخطر عدم الموافاة فان قضى عليه بشيء لم يلزم الكفيل منه شيء لانه ماالتزم شيئا من المال وبالكفالة بالنفس لا يصير ملتزما للمال ولكن الطالب يأخذ الكفيل بالكفالة بالنفس حتى يدفعه اليه لانه التزم تسليم النفس اليه فلايبرأ بثبوت المال عليه مالم يسلمه فان ثبوت المال عليه لايغنيه عن نفسه بل يحوجه الى ذلك ليستوفي حقه منه فكان الكفيل مطالبا به فان قضى الكفيل الطالب حقه كان متبرعا بذلك كسائر الاجانب لانه غير ملتزم للمال وبأدائه لا يستفيد البراءة من الكفالة بالنفس لجواز ان يكون بين الطالب والمطلوب خصومة أخرى فلهذا كان متبرعا فى اداء المال ان شاء الطالب قبل ذلك منه وان شاء أبى وطالبه بتسليم النفس اليه كما التزمه وان كان كفيلا بالمال أجبرت الطالب على قبضه منه على معنى انه اذا وضع المال بين يديه يصير الطالب قابضا له لانه يبرئ ذمته بالاداء ولمن عليه الحق ذلك والاول متبرع لا تبرأ ذمته عن شيء بما يؤديه ولو قضاه الكفيل المال على أن يبرئه من الكفالة بالنفس كان جائزا لانه متبرع فى قضاء المال وقد قبله الطالب ثم ابرأه الطالب عن الكفالة بالنفس وذلك حقه وكذلك لو قضاه بعضه على ان يبرئه عن الكفالة بالنفس وهذا لان الطالب ليس يملك مايقبضه منه

بإزاء الابراء عن الكفالة بالنفس انما يملك ذلك بدلا عن أصل حقه على المطلوب كما يملكه من جهة متبرع آخر ثم هو مسقط لحقه فى الكفالة بالنفس من غير عوض فيكون صحيحا فاما اذا أبراه عن الكفالة بالنفس بمال يشترطه عليه بمقابلة البراءة فلا يجب ذلك المال ولو أداه كان له أن يرجع فيه لان الكفالة بالنفس ليست بمال ولا تؤول الى المال بحال وهو مجرد حق لا يوصف بأنه ملكه والاعتياض عن مثله بالمال لا يصح بخلاف العتاق بجعل والطلاق بجعل فانه اعتياض عن ملك (ألا ترى) أن ملك النكاح لا يثبت الا بالمال فيجوز الاعتياض عن ازالته بالمال أيضا بخلاف حق الكفالة بالنفس فانه لا يثبت ابتداء بمال قط حتى لو أخذ منه مالا ليكفل به بنفس فلان لا يصح فكذلك لا يصح التزام المال عوضا عن الابراء بالكفالة بالنفس وفى حصول البراءة روايتان في كتاب الشفعة يشير الى انه يبرأ وجعل هذا كحق الشفعة اذا سلمه بمال يصح التسليم ولا يجب المال والمعنى أنه اسقاط محض واشتراط العوض بمقابلته فاسد ولكن الاسقاط لا يبطل بالشرط الفاسد لانه لا يتعلق بالجائز من الشروط فلا يكون الشرط الفاسد مبطلا له وفى موضع آخر يقول لا يبرأ عن الكفالة بالنفس بخلاف الشفعة لان الكفالة بالنفس حق قوى لا يسقط بعد ثبوته إلا باسقاط تام ولا يسقط إلا بعد تمام الرضا به ولهذا لا يسقط بالسكوت وانما يتم رضاه بسقوطه اذا وجب له المال فاذا لم يجب لا يكون راضيا به فأما سقوط الشفعة فليس يعتمد الاسقاط وتمام الرضا به (ألا ترى) أن بالسكوت عن الطلب بعد العلم به يسقط وحجته ان الوجوب لم يكن لعقده وانما كان شرعا لدفع ضرر مخصوص عنه وهو ضرر سوء المجاورة وقد صار راضيا بهذا الضرر وان سلمه بمال فاما وجوب تسليم النفس بالكفالة فكان بقبوله العقد فلا بد من اسقاط يكون منه وهو اذا أسقطه بمال فانما يحول حقه الى المال فلا يسقط أصلا وهذا التحويل لم يصح فبقيت الكفالة بالنفس على حالها ولو قضاه المال على أن يرجع به على المطلوب وقبضه منه على ذلك فهذا لا يجوز لان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض والمبادلة بالدين من غير من عليه الدين لا تصح بخلاف الاول لانه اسقاط المال عن المطلوب وليس بتمليك من المتبرع لقضائه بعوض وهنا نص على التمليك منه حتى شرط له الرجوع على المطلوب وهذا بخلاف الكفيل بالمال أيضا فانه متبرع ملتزم للمال لان بعقد الكفالة يجب المال في ذمته على أحد الطريقين وعلى الطريق الآخر عند قضاء الدين ليرجع به ولهذا لو وهب هناك المال من الكفيل لرجع

به على الاصيل ولو وهب المال هنا من الكفيل بالنفس لا يصح إلا أن يسلطه على قبضه فحينئذ يكون نائبا عنه فى قبضه استحسانا قال فان أبرأه عن الكفالة على هذا كان للكفيل أن يرجع بما قضاه عليه لانه قبضه منه بحكم تمليك فاسد ويرجع الطالب عليه بالكفالة بالنفس فى أصح الروايتين ولو كفل نفسه الى أجل مسمي فان لم يواف به فهو ضامن لما ذاب عليه وكيل فى خصومته فليس للطالب ان يأخذه بالكفالة بالنفس قبل الأجل ولا أن يخاصمه قبل الأجل لان اشتراط المدة لتوسعة الامر على نفسه فلا يتضيق الامر عليه الا بمضى المدة كاشتراط المطلوب الاجل لنفسه فى الدين والوكالة فى الخصومة وضمان المال عليه بناء على عدم موافاة مستحقة وذلك لا يكون الا بعد الاجل فلهذا لا يطالبه بشئ من ذلك قبل مضى الاجل وعلى هذا الكفالة بالنفس بغير وكالة فان المعنى يجمع الكل ولو كفل بنفس رجل وجعل المكفول به وكيلا فى خصومته ضامنا لما ذاب عليه ثم مات الكفيل وله مال فلا خصومة بين الطالب وورثته ولكنه يخاصم المكفول به لان الوكالة تبطل بالموت فان الموكل انما رضى برأيه فى الخصومة فلا يقوم رأى وارثه فى ذلك مقام رأيه والكفالة بالمال باقية بعد موته ولكن مالم يتحقق الذوب على المطلوب لا يكون هو ضامنا للمال والذوب انما يتحقق عند خصومة الطالب واثبات حقه عليه بالحجة فلهذا خاصم المكفول به وماقضى له به عليه ضرب به مع غرماء الكفيل فى ماله لان الذوب قد تحقق فالوجوب بالكفالة يستند الى أصل السبب لان اللزوم تعلق به نفسه وقد كان أصل السبب فى صحته فلهذا المعنى الواجب من جملة دين الصحة يضرب به مع غرماء الصحة وكذلك لو مات المكفول به أيضا نخاصم الطالب ورثته أو وصيه فقضى له بالمال كان له أن يتبع ميراث أيهما شاء لان الذوب قد تحقق فيضرب فى ميراثه بجميع ماله وفى ميراث الآخر بما يبقي له لانه وصل اليه بعض حقه حين ضرب مع غرماء الاول فلا يضرب مع غرماء الآخر الا بما بقى له والله أعلم فان لم يكن على واحد منهما سوى هذا الدين فالجواب واضح وان كان على كل واحد منهما دين آخر يضرب مع غرماء أيهما شاء أولا بجميع دينه وفي الكتاب أبهم فقال ان بدأ فضرب مع غرماء الكفيل رجع على ورثة الكفيل بما أدوا فى مال المكفول عنه فضربوا به مع غرمائه لان كفالته عنه كانت بامره وما يستوفى من تركته بعد وفاته بمنزلة مايؤديه فى حياته ويرجع به ورثته فى تركة المكفول عنه وان بدا فضرب مع غرماء المكفول عنه لم يرجع ورثة المكفول عنه فى تركة الكفيل بشئ لان أصل الحق كان على مورثهم وكان

الطالب يرجع بما بقى من حقه فيضرب به مع غرماء الكفيل فى تركة الكفيل لانه لايبرأ الكفيل الا من القدر الذي وصل الى الطالب من تركة المكفول عنه فقطع الجواب فى الكتاب على هذا وهو مبهم فى أصل الوضع قاصر فى البيان فحينئذ لايتم بيان المسئلة بما ذكر وليس فى الكتاب مسئلة اشكل من هذه المسئلة من الحسابيات وغيرها فالوجه أن نصور المسئلة ليتبين موضع الاشكال فنقول دين الطالب عشرة دراهم وقد ترك الكفيل عشرة وعليه دين لرجل آخر عشرة وترك المكفول منه أيضا عشرة وعليه لرجل آخر دين عشرة فالطالب بالخيار كما بينا فان بدأ بتركة الكفيل ضرب بالعشرة فى تركته وغريم الكفيل بالعشرة فكانت تركته بينهما نصفين فوصل الى الطالب خمسة يأتى في تركة المكفول عنه فيضرب مع غريمه بما بقى من دينه وذلك خمسة ويضرب ورثة الكفيل أيضا بما أدوا الى الطالب وذلك خمسة فيسلم الغريم المطلوب خمسة وللطالب درهمان ونصف ولورثة الكفيل درهمان ونصف لايسلم هذا لورثة الكفيل لانه تركة الكفيل وقد بقى من دين غريمه خمسة ومن دين الطالب درهمان ونصف فيقسمان هذا الذى ظهر من تركته على مقدار حقهما أثلاثا فالثلث الذى يستوفيه الطالب رجع به ورثة الكفيل فى تركة المكفول عنه فيتبين به بطلان القسمة الاولى وان استأنفوا القسمة على هذا الذى ظهر أيضا يرجع به الطالب فيما يستوفون ويرجعون بما يعطون اليه فى تركة المكفول عنه فتنتقض القسمة أيضا ولايزال يدور هكذا الى مالا يتناهى واذا بدأ بالرجوع فى تركة المكفول عنه فضرب مع غريمه بالعشرة واقتسما تركته نصفين فانه يضرب بما بقى من دينه وذلك خمسة فى تركة الكفيل مع غريم الكفيل فيقتسمان العشرة أثلاثا فيتبين ان ورثة الكفيل أدوا الى الطالب ثلاثة وثلثا ويرجعون به فى تركة المكفول عنه وتبين بطلان القسمة الاولى وكذلك ان استأنفوا القسمة ثانيا وثالثا فكما وصل اليهم شئ يأخذ الطالب من ذلك قدر حصته ويرجع به ورثة الكفيل فى تركة المكفول عنه الى مالا يتناهى فهذا بيان مواضع اشكال المسئلة وكان أبو بكر القمى رحمه الله من متقدمى علمائنا رحمهم الله من الحساب يقول هذه المسئلة من باب مفتريات الجبر ومحمد بن الحسن رحمه الله كان يعرف مفردات الجبر وما كان يعرف مفتريات الجبر أصلا فلهذا ترك بيان هذه المسئلة ومعنى كلامه أن هذه الحاجة تقع الى معرفة القدر الذى يرجع به ورثة الكفيل فى تركة المكفول عنه ليضم ذلك الى مايضرب به الطالب فى تركة المكفول عنه غريمه والعلم بمفردات

الجبر لا يهدى الى ذلك فاما أبو الحسن الاهوازى من حساب أصحابنا رحمهم الله فكان يقول انما تعذر تخريج هذه المسئلة لما وقع فيها من جذر الاصم وكانت عائشة رضى الله عنها تقول سبحان من لا يعلم الجذر الاصم الا هو وقيل الجذر الاصم مغلق ضل مفتاحه فلا يعرفه أحد من العباد بطريق التحقيق وبرهن بمقالته بمسئلة مجتذرة من هذا الجنس وحققها وخرجها وسئل القاضى أبو عاصم الجنوبى فى زمانه وكان مقدما في الحساب ان يخرج هذه المسئلة فتكلف لذلك مدة وخرجها بالتقريب دون التحقيق (والحاصل) ان من تكلف لذلك من أصحابنا رحمهم الله تعذر عليه تخريج المسئلة بالتحقيق أصلا وكل ماذكروه عندى فى تصنيف ولكن لم يكن معى شئ من كتبي ولم يجد به خاطرى الآن فان تيسر وصولى الى كتبي أو جاد به خاطرى أى وقت أتيت منه بقدر الممكن ان شاء الله تعالى ثم نعيد المسئلة فى آخر الكتاب بعينها ومن أراد من أصحابنا رحمهم الله التخلص من هذه الخصومة يقول الطالب اذا اختار الرجوع على أحدهما ثم ضرب بقية دينه في تركة الآخر فما سلم لورثة الكفيل لا يرجع فيه الطالب بشئ لانه بدل ما وصل الى الطالب ولا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد ولكن يكون ذلك سالما لغريم الكفيل غير ان هذا من حيث المعنى بعيد فان مايأخذون مال الكفيل فكيف يسلم ذلك لاحد غريميه دون الآخر ولو كفل بنفس رجل الى آخر الشهر فان لم يواف به فهو وكيل فى خصومة ما بينهما ولم يبين أى خصومة هى والكفالة بالنفس جائزة ولا يكون وكيلا فى الخصومة لانه اذا لم يبين انه فى أى خصومة وكيله فالوكيل عاجز عن تحصيل مقصود الموكل لان ما وكله به مجهول جهالة متفاحشة ولم يفوض الأمر الى رأيه على العموم ولكن فساد الوكالة بالخصومة لا يوجب فساد الكفالة بالنفس لان أحد الحكمين منفصل عن الآخر فالمفسد فى أحدهما لا يتعدى الى الآخر وكفالة الصبي التاجر باذن أبيه أو بغير اذنه بنفس أو مال باطلة لانه تبرع ولا يملكه الصبي بغير اذن أبيه ولا باذنه كالهبة وهذا لان عقل الصبي انما يعتبر شرعا فيما ينفعه والتبرع ليس من جنس ما ينفعه عاجلا واذن الاب له لا يصح فيما لا يملك الاب مباشرته كالطلاق ونحوه ولان الكفالة اقراض للذمة بالتزام الحق فيها فكان كاقراض المال فلا يملكه الصغير باذن أبيه ولا بغير اذنه والمعتوه والمبرسم الذى يهذى فى ذلك كالصبي وكذلك رجل عليه مال ادخل ابنا له غير بالغ معه فى الكفالة أو بنفسه فهو باطل لانه لما كان لا يملك الكفالة عن الغير باذن الاب فلان لا يملك عن الاب

كان ذلك بطريق الاولى لانه في حق نفسه متهم بمالا يتهم به في حق غيره ولو أقر بعد بلوغه انه كفل بنفس أو مال وهو صبي كان باطلا لان الثابت بالاقرار بعد البلوغ كالثابت معاينة ولو عايناه كفل في صباه لم ينفذ ذلك بعد بلوغه ولانه أضاف الاقرار الى حال معهودة تنافى تلك الحال الكفالة فكان منكرا للكفالة في الحقيقة لا مقرا بها ولهذا لو ادعى الطالب انه كفل به بعد بلوغه فالقول قول الصبي مع يمينه ولو أقر أنه كفل به وهو مغمى عليه فان عرف ذلك منه فالقول قوله في ذلك لاضافته الكفالة الى معهود ينافى كفالته وان لم يعرف ذلك منه فهو مأخوذ به لاقراره بالالتزام ولو استدان وصي اليتيم دينا في نفقة اليتيم وأمر اليتيم فضمنه أو ضمنه بنفسه فضمان الدين جائز وضمان النفس باطل لان حاصل الدين على الصبي (ألا ترى) أن الوصي يؤديه من ماله ولو أداه من مال نفسه رجع به عليه فهو بهذا الضمان يلتزم ماعليه بخلاف الكفالة بالنفس فانه يلتزم بها ماليس عليه *توضيحه انه لو أمر الصبي بأن يستدين ففعله جاز وكان مطالبا بالمال فكذلك اذا استدان بنفسه وأمره حتى ضمن المال ولا يملك مثله في الكفالة بالنفس بأمره وكذلك الاب اذا استدان على الابن دينا في بعض مالا بد منه وأمره بالكفالة جاز لان تصرف الاب عليه انفذ من تصرف الوصي وان أمره أن يكفل بنفسه لم يجز والتاجر وغير التاجر في ذلك سواء لان الكفالة ليست من عقود التجارة ولا تجوز الكفالة لصبي لا يعقل ولا لمجنون ولا لمغمى عليه وفي رواية حماد رحمه الله ان الكفالة لهؤلاء جائزة في قول أبي يوسف رحمه الله واصل هذا في الكفالة للغائب وقد بينا أن عند أبي يوسف رحمه الله الكفيل ينفرد بالكفالة فيجوز العقد وان لم يقبله أحد ولا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يقبل قابل وقبول الصبي الذي لا يعقل والمجنون باطل وتجوز الكفالة للصبي التاجر لانه من أهل القبول وهذا تبرع عليه لامنه أو بمنزلة الاقراض له وذلك صحيح اذا قبله ولو كفل رجل بنفس رجل على انه يوافي به الى أجل مسمى فان لم يواف به الى ذلك الأجل فهو ضامن لما ذاب عليه فلو مضى الاجل قبل ان يوافيه به فهو ضامن لما ذاب عليه لوجود شرطه ولكن الذوب انما يتحقق بقضاء القاضي فانما يلزم الكفيل المال اذا قضى به على المكفول عنه لانه ضمن مالا بصفة وليس الكفيل بخصم عنه في اقامة البينة عليه بالمال لان المال مالم يصر مقضيا به على الاصيل لا يلزم الكفيل منه شيء وما لم يصر كفيلا به لا يكون خصما فيه وان مات الطالب أو المطلوب قام وارثه أو وصيه في ذلك مقامه وكذلك لو كفل بنفسه على انه

ضامن لما قضى عليه أو لما قضى عليه قاضي أهل الكوفة فقضى بذلك غير قاضي أهل الكوفة فهو لازم للكفيل لانه انما يراعى من الشروط مايكون مفيدا والتقييد بصفة أن يكون المال مقضيا به على الاصيل مفيد فأما التقييد بكون القاضى به قاضي أهل الكوفة فغير مفيد لان المقصود القضاء لاعين القاضى وفى القضاء قاضى الكوفة وغير قاضي الكوفة سواء ولو كفل بنفس رجل على انه ضامن لما قضى به على المكفول به وهو ميت والمكفول وارثه فهو جائز مستقيم لان المكفول به بعد موت أبيه مطالب بقضاء دينه من تركة أبيه فهو في الحكم كالذي عليه وكذلك وصى الميت يكفل نفس رجل على انه ضامن لما قضي به على الميت فهو جائز لانه مطلوب بذلك الدين يقضيه من تركة الميت وكذلك الوصى يأخذ من غريم الميت كفيلا بنفسه ضامنا لما قضى به عليه لانه فى ذلك قائم مقام الموصى وكذلك الاب يأخذ من غريم ولده الصغير لانه قائم فى ذلك مقام ولده ان لو كان بالغا ولو أن رجلا أخذ غريما بمال لأخيه أو لبعض أهله من غير وكالة من صاحب المال وأخذ كفيلا منه بنفسه ضامنا لما ذاب عليه فرضى بذلك مدعى المال كان جائزا لان قبول هذا كان موقوفا على اجازة الطالب فاذا أجازه جاز ولو فسخ الكفيل الكفالة قبل أن يرضى صاحب المال فهو منها برىء فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الكفالة عندهما لاتلزم الكفيل الا برضا الطالب وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو وكل رجلا بأن يأخذ له كفيلا عن غريمه بنفسه ضامنا لما قضى به عليه كان جائزا لان التوكيل صحيح بما يملك الموكل مباشرته بنفسه فان كفل الكفيل للوكيل فدفعه اليه برئ من الكفالة بنفسه وليس للموكل أن يطالبه بشئ لانه أتى بما التزمه وهو التسليم الى الوكيل لان الوكيل باضافة العقد الى نفسه جعل نفسه مباشرا العقد واليه الاستيفاء والمطالبة وان كفل به للموكل لم يبرأ بدفعه الى الوكيل لانه جعل نفسه رسولا ولان الكفيل التزم التسليم الى الموكل فلا يبرأ بالتسليم الى غيره وان دفعه الى الموكل برئ فى الوجهين لان في الفصل الاول الوكيل وان كان هو المباشر للعقد فانما يطالب بموجبها لمنفعة الموكل فاذا حصل المقصود بالتسليم الى الموكل برئ الكفيل ولو وكل رجل رجلا بان يعطى فلانا كفيلا بنفس الموكل ضامنا لما ذاب على الموكل فاعطى الوكيل كفيلا بذلك فقضى على الموكل بمال للطالب فانه يأخذ الكفيل بحكم ضمانه وليس للكفيل أن يأخذ الوكيل بذلك لانه كان رسولا من الموكل اليه فلا عهدة عليه الا أن يكون ضمن له شيأ فحينئذ يؤاخذ بضما

(ألا ترى) لو أن رجلا أمر رجلا أن يضمن رجلا بنفسه وان يضمن ماذاب عليه لم يكن على الآمر شيء ولا على المكفول به لان الآمر أشار عليه بالكفالة من غيره ولم يلتزم له شيأ ولا عهدة على المشير والمكفول عنه لانه لم يأمره بالكفالة عنه فلا يرجع عليه أيضا وفى الباب الاول يرجع على المكفول به بما أدى من المال لان أمره وكيله بالكفالة عنه ككفالته بنفسه والكفيل بالامر اذا طولب طالب ولو لوزم لازم واذا حبس حبس واذا أدى رجع ونعني بقولنا يطالبه أن يقول اقض حق المطلوب لا تخاص من هذه العهدة ولا يطالبه بأن يدفع اليه شيأ لانه ما لم يؤد عنه لا يثبت له حق الرجوع فانه بمنزلة المقرض وبالقرض لا يطالبه باداء المال وانما يطالبه باداء المال بعد اقراض المال منه وذلك انما يكون عند أدائه فلهذا لا يرجع عليه بالمال مالم يؤد عنه والله أعلم

باب الكفالة عن الصبيان والمماليك

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل قبل صبي دعوى وكفل به رجل بغير اذن أبيه فالكفالة لازمة للكفيل يؤاخذ بهذا لان تسليم النفس للجواب مستحق على الصبي حتى يحضر ان كان مأذونا أو يحضر وليه ان لم يكن مأذونا ليقوم وليه فى ذلك مقامه فلما التزم الكفيل تسليم ما هو مستحق للتسليم عليه وهو مما تجرى فيه النيابة صح التزامه فان طلب الكفيل أن يحضر معه الصبي ليسلمه الى خصمه لم يؤاخذ الصبي به وان كان الصبي طلب ذلك اليه لان قول الصبي ليس بملزم اياه شيأ الا أن يكون تاجرا مأذونا له فحينئذ قوله ملزم فيؤمر بالحضور معه لانه أدخله في هذه العهدة فعليه أن يخلصه بالحضور معه ليسلمه الى خصمه وكذلك ان كان غير تاجر فادعى عليه مالا فطلب أبوه الى رجل أن يضمنه فضمنه كان جائزا ويؤخذ به الكفيل وللكفيل أن يأخذ الغلام به لان الاب قوله ملزم على ولده فيما ينفعه وهذا من جملة ماينفع الصبي فكان قول الاب فيه ملزما اياه فلهذا يؤمر بالحضور معه فان تغيب فله أن يأخذ الاب حتى يحضره فيدفعه اليه أو يخلصه من ذلك لان أمر الاب فى هذا لما جاز على الولد صار الولد مطلوبا به وكل حق كان الولد مطلوبا به فأبوه مأمور بايفائه ذلك الحق من ملك الولد كما اذا ثبت عليه دين بالبينة فلهذا يؤمر الاب باحضار الصبي والوصي فى هذا بمنزلة الاب لان فيه منفعة للصبي ولو أمره بأن يكفل بنفس غلام ليس هو

وصيه أخذ الكفيل بتسليمه لانه قد التزمه ولا يؤمر الصبي بالحضور معه لانه ليس للآمر عليه قول ملزم وليس للكفيل أن يأخذ الآمر بشيء لانه أشار عليه بالكفالة ولم يلتزم له بشيء والمعتوه في ذلك بمنزلة الصبي لان ولاية الوصى على المعتوه تثبت كما تثبت على الصبي ولو كفل بنفس صبي على أن يوافى به غدا فان لم يواف به غدا فعليه ما ذاب عليه فالكفالة بالنفس جائزة وكذلك بالمال ان لم يواف به غدا لوجود شرطه ثم الذوب على الصبي انما يتحقق بقضاء القاضي بالمال على أبيه أو وصيه أو قيم نصبه القاضي له فاذا وجد ذلك لزم الكفيل ولم يرجع به على الصبي الا أن يكون أمره بالضمان أو الوصى لانه بمنزلة الاقراض والا قراض من الصبي المحجور لا يلزمه به شيء الا أن يكون بأمر وليه فحينئذ يكون المال لازما عليه وأمر وليه بذلك كأمره بعد بلوغه وكفالة العبد التاجر أو غير التاجر عن سيده بمال أو بنفسه بغير اذنه باطلة لان الكفالة تبرع وهو منفك الحجر عنه في التجارات دون التبرعات فلا تصح منه الكفالة بالنفس والمال عن المولى بغير اذنه كما لا يصح عن سائر الاجانب وانما يعني بهذا انه لا يطلب به فى حال رقه فأما بعد العتق فهو مأخوذ بذلك لانه مخاطب من أهل الالتزام فى حق نفسه وان كفل بنفسه باذنه فهو جائز لان المانع من صحة التزامه فى الحال حق مولاه دون حق غيره من غرمائه فان الكفالة بالنفس لا تلاقى حق محل الغرماء فلهذا نفذ منه باذن المولى سواء كفل عن المولى أو عن الاجنبي وهذا لان أكثر ما يجب بهذه الكفالة حبسه ان لم يحضر نفس المطلوب وذلك يوقع الحيلولة بين المولى وبين خدمته فلهذا جاز باذن المولى وان كفل عنه بالمال باذنه وليس عليه دين فهو جائز لان الحق فى ماليته لمولاه وهو يملك أن يجعله مشغولا بالدين بأن يرهنه أو يقر بالدين وكذلك اذا أذن له حتى كفل عنه فان أداه بعد العتق لم يرجع على سيده وعن زفر رحمه الله انه يرجع عليه لانه قضى دينه من خالص ملكه بأمره فيرجع عليه كما لو أمره بالاداء بعد العتق ولكنا نقول ان الكفالة حين وقعت لم تكن موجبة له شيأ على المولى فان العبد لا يستوجب دينا على مولاه فلهذا لا يرجع عليه اذا أداه بعد العتق وهذا لما بينا أن الكفالة توجب للطالب على الكفيل حقا وللكفيل على الاصيل الا ان ما يجب للكفيل على الاصيل مؤجل الى وقت أدائه ولهذا لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه عنه كان صحيحا ولا يرجع اذا أدى بعد ذلك فتبين بهذا ان المعتبر وقت الكفالة وعند ذلك لم يكن العبد ممن يستوجب شيأ على مولاه وان كان عليه دين يستغرق

قيمته لم يلزمه الكفالة فى حال رقه لان المولى فى ماليته كاجنبي آخر (ألا ترى) أنه لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه ولا بالرهن فكذلك باذنه بالكفالة عنه ولكن الالتزام منه صحيح فى حق نفسه حتى اذا عتق كان مطالبا به وان مات السيد وترك مالا وأعتق العبد عندموته فان غرماء العبد يستسعونه فى قيمته ولا شئ لغرماء السيد من هذه القيمة لان هذه القيمة بدل مالية العبد وغرماء العبد حقهم أسبق تعلقا بماليته من حق غرماء السيد (ألا ترى) انه لو لم يعتقه حتى مات لكان يباع العبد ويصرف ثمنه الى غرمائه دون غرماء السيد فكذلك حكم هذه السعاية ولكن غرماء السيد يبيعون مال السيد وان شاء غرماء العبد تبعوا مال السيد بقيمة العبد أيضا لانه صار مستهلكا محل حقهم بعتق العبد فوجب لهم قيمة العبد دينا في تركته بعد موته ثم ان عند أبي حنيفة رحمه الله لا تنفذ الكفالة ما لم يفرغ من السعاية لان المستسعى فى بعض قيمته عنده كالمكاتب وكفالة المكاتب لم تصح وعندهما متى عتق نفذت الكفالة لانه عندهما حر عليه دين والمكفول له ان شاء اتبع مال السيد لان أصل دينه عليه وان شاء اتبع العبد لصحة كفالته بعد عتقه غير انه لا يشارك غرماءه فى تلك القيمة لانها بدل ماليته ولم يثبت له مزاحمة مع غرماء العبد فى ماليته فكذلك في بدل المالية فان كان مكان العبد أم ولد فعتقت فان صاحب الكفالة يستسعيها مع غرمائها بماليتها اذ لا مالية فيها ولكن الديون تتقرر فى ذمتها بعد العتق فتؤمر بقضاء ذلك كله والمكفول له أخذها والمدبرة بمنزلة العبد في ذلك لقيام المالية فيها ولا يرجع واحد منهم على السيد بشئ مما يؤدى عنه من الكفالة لانهم كانوا مملوكين له عند الكفالة والمملوك لا يستوجب الدين على مالكه فان في المدبرة ينبغى أن يثبت لغرمائها حق الرجوع فى تركة المولي بقيمتها بخلاف العبد لان المولى باعتاق المدبرة لم يصر مستهلكا من حق الغرماء شيأ اذ لم يكن لهم حق بيع الرقبة فى الدين وانما كان حقهم فى الكسب وذلك حاصل لهم قلنا هو كذلك ومراد محمد رحمه الله من هذا اللفظ المساواة فى ايجاب السعاية فى القيمة على المدبرة والعبد دون الولد علي أن المالية كانت قائمة فى المدبرة حتى لو غصبها غاصب ضمن قيمة ماليتها وكان ذلك لغرمائها فلهذا يجب عليها السعاية فى قيمتها لغرمائها كالعبد وكذلك اذا كان المال على السيد من كفالة فأدى عنه العبد كادائه بنفسه فيستوجب الرجوع به على الاصيل وذكر عن شريح رحمه الله انه قال لا كفالة للعبد ومعناه انه ليس له حق ولاية الكفالة بالنفس والمال لانه تبرع بالتزام وهو محجور عنه لحق مولاه

وكفالة المدبر والعبد وأم الولد من غير السيد بنفس أو مال بغير اذنه باطلة حتي يعتقوا فاذا عتقوا لزمهم لان المانع حق مولاه واذا أذن له سيده فيها جازت ان لم يكن عليه دين ويباع العبد في الكفالة بالدين وان كان عليه دين بدئ بدينه قبل دين الكفالة وأما أم الولد والمدبر فانهما يستسعيان فى الدين لان رقبتهما ليست بمحل للبيع فكان عليهما قضاء الدين من كسبهما وهو السعاية فيبدأ بدينهما من سعايتهما ثم بدين الكفالة اذا كان باذن المولى واذا كفل العبد باذن سيده بنفس رجل ثم أعتقه سيده لم يضمن شيأ وأوخذ العبد بالكفالة لانه بالاعتاق لم يضع علي المكفول له شئ فان حقه فى مطالبة العبد بتسليم نفس المكفول به ذلك بعد العتق وقبله سواء وانما أبطل المولى المالية بالعتق ولا تعلق للكفالة بالنفس بالمالية وان كانت الكفالة بمال ضمن السيد الاقل من قيمته ومن الدين لان حق المكفول له تعلق بماليته فان الدين لا يجب علي العبد الا شاغلا لماليته وقد ظهر الوجوب فى حق المولى باذنه له فى الكفالة فاذا أتلفه بالاعتاق صار ضامنا ذلك للطالب والغريم بالخيار ان شاء اتبع العبد بالمال لكفالته وان شاء اتبع السيد لاتلافه مالية الرقبة فان تبع العبد كان للعبد أن يتبع المكفول به ان كان كفل بأمره وان اتبع السيد كان للسيد أيضا أن يتبع المكفول به ان كان المكفول به طلب من السيد أن يأمر عبده وان لم يكن طلب من السيد ولا من العبد لم يرجع عليه بشئ لانهما تبرعا بالالتزام والاداء عنه واذا كانت قيمة العبد التاجر ألفي درهم وعليه دين ألف درهم فأمره مولاه فكفل بالف درهم ثم استدان العبد بعد ذلك ألف درهم ثم باعه القاضى فى الدين بألف درهم فان ثمنه يضرب فيه الغرماء الاولون والآخرون بدينهم كله ويضرب فيه أصحاب الكفالة بالف درهم مقدار الفارغ من قيمته عن الدين يوم كفل لان التزامه المال بالكفالة باذن المولى انما يصح بقدر الفارغ والفارغ يومئذ كان ألف درهم (ألا ترى) أن المولى لو أقر عليه بالدين لم يصح الا بقدر الفارغ من ماليته فكذلك اذا أذن له حتى كفل فاستدانته ملزمة اياه من غير أن يشترط فيه فراغ المالية فثبت عليه جميع ما استدانه فلهذا ضرب كل غريم من غرمائه بجميع دينه ولا يضرب المكفول له الا بألف درهم واذا كفل العبد وهو صبى بغير اذن سيده بنفس أو مال ثم عتق لم يلزمه من ذلك شئ لانه غير مخاطب والتزامه فى حق نفسه غير صحيح (ألا ترى) انه لو كفل بعد ما عتق وهو صبي لم يلزمه بذلك شئ فكذلك قبله وان كان كفل باذن سيده فهو جائز عليه فى

الرق وبعد العتق لما بينا أن اذن السيد فى الكفالة بمنزلة اقراره عليه بالدين وذلك صحيح عليه فى الرق وبعد العتق فكذلك هذا وهذا لان للمولى قولا ملزما على عبده وقوله على عبده ألزم من قول الاب على ولده ثم كل دين وجب على الولد باعتبار اذن والده كديون التجارة يكون الوالد مؤاخذا به بعد البلوغ فكذلك مايجب على العبد باذن السيد يكون مؤاخذا به بعد العتق وان كفل باذن سيده بدين يستغرق قيمته ثم كفل بدين آخر يستغرق قيمته باذنه أيضا لم يجز الدين الثانى لان شرط صحة هذا الالتزام فراغ المالية فما لم يقض بالاول لا يصير هذا الشرط موجودا فلا يثبت الثانى وهو بمنزلة ما لو أقر السيد عليه بدين مستغرق قيمته ثم بدين آخر وكذلك ان كان الدين الاول من تجارته وان عتق قبل ان يقضي دينه لزمه الثانى لان المانع كان اشتغال المالية بحق الاول وقد زال ذلك المعنى ببطلان المالية بالعتق فاستوت الديون عليه بعد العتق وان كان مولى العبد صبيا فاذن هو أو أبوه أو وصيه للعبد فى الكفالة لم يجز أما الصبي فلانه لا يملك مباشرة الكفالة فكذلك لا يأذن فيه لعبده وليس للأب ولاية الكفالة على الصبي ولا فى ماله (ألا ترى) انهم لو أذنوا للصبي حتى كفل لم يصح فكذلك اذا أذنوا فيه لعبد الصبي وكذلك ان كان مولاه عبدا تاجرا لانه لا يملك الكفالة بنفسه فلا يصح اذنه بذلك لعبده فان أذن المولى لعبد عبده فى الكفالة بنفس أومال فان كان على العبد الاول دين مستغرق لم يجز لانه من كسبه كسائر الاجانب فى حق التصرف مالم يفرغ من دينه وان لم يكن على واحد منهما دين جاز لان الثانى خالص ملكه كالاول فكما تصح الكفالة من الاول باذن مولاه فكذلك من الثانى وان أمر السيد عبده ان يكفل بثلاثة آلاف درهم عن رجل وكفل بها ثم استدان ثلاثة آلاف درهم وباعه القاضى بألفين فانه يضرب فيها أصحاب الكفالة بدينهم كله وأصحاب الدين بجميع دينهم لان الكفالة من العبد حصلت فى حال فراغه من الدين فنفذت فى الكل ثم اشتغاله بدين الكفالة لا يمنع وجوب الدين عليه بالاستدانة فيثبت الدينان فيضرب كل واحد من الفريقين فى ثمنه بجميع دينه وهو كما لو أقر المولى عليه بثلاثة آلاف درهم ثم استدان العبد مثل ذلك واذا كفل العبد وهو يساوي ألف درهم باذن سيده بالف درهم ولا دين عليه ثم كفل بألف أخرى باذنه أيضا لم تجز الكفالة الثانية لان بالكفالة الاولى اشتغلت جميع مالية العبد بحق المكفول له وشرط صحة الكفالة فراغ المالية فاذا لم يوجد ذلك عند الكفالة الثانية لم يصح كما لو أقر المولي عليه بدين بقدر

قيمته ثم بدين آخر فان زادت قيمته حتى بلغت ألف درهم ثم كفل بألف اخري باذن مولاه فهو جائز لان شرط صحة الكفالة الثالثة قد وجد وهو فراغ المالية عندها بقدرها فان قيل اذا زادت قيمته لماذا لم تشتغل هذه الزيادة بالكفالة الثانية حتى لا تصح الكفالة الثالثة قلنا لان شرط صحة العقد انما تعتبر عند وجود العقد لانه يتعذر اعتبار ما بعده فان القيمة تزداد تارة وتنقص أخرى فلهذا صححنا باعتبار هذه الزيادة الكفالة الثالثة دون الثانية فان باعه القاضي بألفي درهم فانها تقسم بين المكفول له الاول والمكفول له الآخر نصفين لصحة هاتين الكفالتين ولا شئ للاوسط لانه كفل له وليس في قيمته فضل فلم تصح الكفالة له ولا مزاحمة بين الصحيح والفاسد وكذلك لو باعه بألف وخمسمائة أو بألف درهم لان الكفالتين يعنى الاولى والثانية استويتا فى الصحة والمقدار فما يحصل من ثمن العبد قل أو كثر فهو بينهما نصفان حتي يستوفيا حقهما فان فضل شئ بان باعه بألفين وخمسمائة أو بثلاثة آلاف فالفضل للثانية لان هذا الفضل حق المولى والمولى قد رضى بصرفه الى الكفالة الثانية حين أمره ان يكفل بها (ألا ترى) ان العبد المديون لو كفل باذن مولاه ثم سقطت ديونه بالاداء يصرف كسبه ورقبته الى دين المكفول له فكذلك هنا واذا قال الرجل لرجل ماذاب لك على فلان فهو على ورضى بذلك الطالب فقال المطلوب لك علي ألف درهم وقال الطالب لى عليك ألفان وقال الكفيل مالك على شئ فالقول قول المطلوب لان الطالب يدعى عليه الزيادة وهو منكر ثم ما أقر به المطلوب يكون لازما على الكفيل لان القاضي يقضى عليه باقراره فيتحقق الذوب فى هذا القدر بقضاء القاضى كما يتحقق ان لو قامت البينة فيكون ذلك لازما على الكفيل فان قيل فى هذا الزام المال على الكفيل بقول المطلوب وقوله ليس حجة عليه قلنا ليس كذلك بل فيه ايجاب المال عليه بكفالته لانه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد يحصل عليه باقراره فقد صار ملتزما ذلك بكفالته وكذلك لو قال ماأقر لك به فلان من شئ فهو على وما صار لك عليه فهو على وهذا كله استحسان وفى القياس لا يجب على الكفيل شئ اذا أنكر الوجوب على المطلوب مالم يقم البينة بذلك لما بينا ان الاقرار حجة فى حق المقر خاصة فالثابت باقرار المطلوب ثابت فى حقه دون غيره ولكنا نترك هذا القياس للتنصيص من الكفيل في الكفالة علي مايقر به المطلوب أوعلى ما يذوب عليه مطلقا من غير تقييد الذوب بشئ وكذلك لو قال ماقضي لك عليه فهو علي الا أن هذا لا يلزم الكفيل حتى يقضى على المطلوب

باقراره لانه كفل بمال مقضى به فما لم يصر المال مقضيا به على المطلوب لا يتقرر الوصف الذي قيد الكفالة به ولو قال مالك عليه فهو على لم يلزم الكفيل شيء باقرار المكفول عنه لانه كفل بما هو واجب عليه وقت الكفالة وما بعد ذلك ثبت الوجوب عليه ولم يبين فى حق الكفيل أنه صار واجبا وقت الكفالة لان الاقرار اخبار فى حق المقر ولكن فى حق الغير يجعل كالانشاء بمنزلة اقرار المريض فى حق غرماء الصحة بخلاف ما سبق فان هناك انما كفل بما يقر به فى المستقبل أو بما يلزمه فى المستقبل أو بما يقضى عليه به فى المستقبل وذلك يثبت باقراره حتى لو قال ما كان اقر به لك فلان أمس فهو على فقال المطلوب قد اقررت له أمس بالف درهم وجحد ذلك الكفيل فلا شيء عليه لانه كفل بمال سبق الاقرار به من المطلوب على الكفالة ولا يتبين ذلك باقراره بعد الكفالة فى حق الكفيل لانه متهم فى ذلك فلا يجب على الكفيل الا ان يقيم البينة على اقراره بذلك أمس فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو قال ما أقر لك به من شيء فهو على فقامت عليه البينة انه قد أقر قبل الكفالة بألف درهم لم تلزم الكفيل الا ان يقر بها بعد الكفالة لان هذا اللفظ انما يدخل فيه اقرار يكون منه فى المستقبل لا ما كان منه فى الماضى وكأنه أورد هذا الفصل لايضاح الفرق الأول وما قضى به القاضى بنكوله عن اليمين لم يلزم الكفيل لانه انما كفل بما يقر به والنكول بدل عند أبى حنيفة رحمه الله وليس باقرار وعندهما هو قائم مقام الاقرار لضرورة فصل الخصومة وذلك في حق الخصمين دون الكفيل فاذا لم يكن بمنزلة الاقرار فى حق الكفيل لا يلزمه شيء واذا ادعى رجل قبل عبد دعوى فكفل مولاه بنفسه فهو جائز لانه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه وهذا الفصل فى الكفالة بالنفس أقرب الى الجواز من غيره لان له ولاية على عبده بسبب ملكه فيقدر على تسليمه وكذلك كفالة المولى عن العبد بالمال جائزة لان العبد يصح أن يكون مطلوبا بالمال فلو كفل عنه أجنبي صح فكذلك مولاه * فان قيل دين العبد مستحق القضاء من ماليته وهو ملك مولاه فأى فائدة فى هذه الكفالة * قلنا الفائدة شغل ذمة المولى امابا لمطالبة أو بأصل الدين واستحقاق قضائه من سائر أمواله وهذا اذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا أدى المال لا يرجع به على عبده وان أداه بعد عتقه لم يستوجب المولى عليه شيئا فان المولى لا يستوجب على عبده دينا وقد بينا أنه متى لم يجب عند الكفالة للكفيل على المكفول عنه لا يجب بعد ذلك وان أحال العبد غريما له على مولاه بدينه على ان يبرأ العبد فمات المولى ولا مال له الا العبد وعلى العبد دين كثير فللمحتال

له أن يرجع على العبد لان مالية العبد مستحقة بديونه وقد مات المولى ولا مال له الا العبد مفلسا ومن أصلنا ان الحوالة تبطل بموت المحتال عليه مفلسا على ما نبينه فى بابه ان شاء الله تعالى واذا بطلت الحوالة بعود دين المحتال له الى العبد فيضرب بدينه فى مالية العبد مع غرمائه وان كفل المولى عن عبده بدين ثم أبرأ صاحب الدين المولى الكفيل كان فسخا للكفالة وذلك لا يسقط الدين عن الأصيل (ألا ترى) ان قبل الكفالة كان المال واجبا على الأصيل فكذلك بعد انفساخ الكفالة يبقى المال على الأصيل وهذا بخلاف الهبة من الكفيل لان الهبة تمليك فلا يمكن تصحيحه الا بتحويل الدين الى ذمة الكفيل فلهذا يسقط عن الأصيل فاما الابراء فاسقاط محض واسقاط المطالبة دون أصل الدين صحيح فكان ابراء الكفيل اسقاطا للمطالبة عنه فيبقى المال على الاصيل بحاله وان ابرأ العبد برئا جميعا لان ابراء الاصيل اسقاط لاصل الدين وذلك يوجب براءة الكفيل ضرورة فان كفل المولى بنفس عبده وضمن ماذاب عليه وغاب العبد تاجرا فان المولى يؤخذ بنفسه لكفالته ولا يكون خصما فيما على العبد حتى يحضر العبد فيخاصم فاذا قضى عليه لزم المولى لانه انما ضمن ما يذوب على العبد بل ولا يتحقق الوجوب على العبد ما لم يقض عليه القاضى بحضرته وما لم يثبت ضمان المالك لا يكون هو خصما فيه وقد سبق نظيره فى الحر فكذلك فى العبد سواء كان عليه دين أو لم يكن لان المولى ليس بخصم فيما على عبده بدون الضمان واذا كان لرجل على عبد تاجر ألف درهم ولآخر على ذلك الرجل ألف درهم فأحاله بذلك على العبد أو ضمنه العبد له بامره فهو جائز لانه لا يلتزم بهذه الحوالة والضمان شيأ لم يكن عليه انما يلتزم ما هو عليه فلا يتحقق معنى التبرع فى هذا الالتزام وكذلك وصى الصبى لو استدان مالا وأنفقه عليه ثم أمر الصبي بأن يضمن هذا المال جاز لانه ليس بالزام للمال بل فيه التزام لما عليه كذا هنا وفى الحقيقة هذا أمر من غريم العبد للعبد بأن يدفع ماله عليه الى غريمه أو يوكل غريمه فى أن يقبض من العبد ماله عليه وكما يملك أن يطالب بنفسه يملك أن يوكل غيره (ألا ترى) أن المال لو كان عينا فى يد العبد للآمر فأمره أن يدفعه الى مديونه صح فكذلك اذا كان دينا فى ذمته ولو كفل رجل بنفس عبد محجور عليه بأمره فان الكفيل يؤخذ بالكفالة لان العبد مخاطب وتسليم النفس عليه لجواب الخصم مستحق وانما تأخر ذلك عنه لحق المولى فتصح الكفالة بذلك عنه كالمال فان العبد المحجور لو أقر لانسان بمال ثم كفل به عنه انسان صح وليس لهذا الكفيل أن يتبع العبد بذلك حتى

يعتق كما أن الطالب لا يطالبه بذلك حتى يعتق فاذا أعتق اتبعه بكفالته حتى يبرئه منها لانه أمره بهذه الكفالة وأمره فى حق نفسه صحيح فكان مطالبا به بعد العتق ولو كان على المكاتب مال لرجل فكفل به عنه لا خر كان جائزا بخلاف كفالة المكاتب بالنفس أو بالمال فان ذلك تبرع واصطناع معروف وهذا ليس بتبرع وانما هو التزام مال أصله عليه ولا فرق فى حقه بين أن يدفعه الى الاول أو الى الثانى فلهذا صحت الكفالة وان أمر المكاتب عبده أن يكفل بمال على المكاتب فهو جائز لان المكاتب ملتزم فصار هذا الدين من كسبه وعبده كسبه فليس فى هذه الكفالة الا استحقاق ماهو مستحق بخلاف ما اذا أمره أن يكفل عن غيره فان ذلك التزام بطريق التبرع فيما ليس عليه ولا يملك المكاتب مباشرته بنفسه فكذلك لا يملك أن يأمر عبده به ولو أن رجلا طلب من مكاتب أو عبد تاجر أن يشترى له متاعا بمال مسمى ولم يدفع اليه شيأ فاشترى العبد كان شراؤه فى القياس لنفسه دون الآمر لانه ملتزم المال فى ذمته بعوض يحصل للآمر فيكون هذا بمنزلة الكفالة (ألا ترى) انه لو أمره بالشراء له بالنسيئة لم يصح فكذلك بالنقد وفى الاستحسان هذا جائز لانه من صنع التجار وهو محتال اليه فان من لا يعين غيره لا يعان ثم المشترى محبوس فى يده حتى يستوفى الثمن من الآمر بخلاف الكفالة والشراء بالنسيئة وقد بينا هذا فى كتاب الوكالة وذكر عن ابراهيم رحمه الله قال لا يجوز كفالة الرجل عن المكاتب بالمكاتبة لمولاه وبه نأخذ لان المكاتب عبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولان ما للمكاتب على المكاتب بصفة لا يمكن ايجابه بتلك الصفة على الكفيل لان المكاتب يتمكن من أن يسقط عن نفسه المال بان يعجز نفسه ولا يمكن اثباته فى ذمة الوكيل الكفيل بهذه الصفة ولو أثبتناه فى ذمة الكفيل لاثبتناه أكثر مما هو واجب فى ذمة الاصيل وذلك لا يجوز وكذلك لو كان للمولى عليه دين سوى مال الكتابة وكفل به رجل لم يجز للمعنيين اللذين ذكرناهما فان المكاتب اذا عجز نفسه فكما يسقط عنه بدل الكتابة فكذلك تسقط سائر ديون المولى وكذلك لو كان له مكاتبان كل واحد منهما مكاتب على حدة فكفل أحدهما بمال على صاحبه للمولى من الكتابة أو الدين لم يجز لانه كفالة لمكاتب ولا كفالة للمولى عن المكاتب وذلك غير صحيح من الحر فلأن لا يصح من المكاتب كان أولى ولو كان بينهما مكاتبة واحدة وجعل نجومها واحدة فاذا أديا عتقا وان عجزا ردا كان ذلك جائزا استحسانا وفى القياس هذا لا يجوز لانه كفالة لمكاتب ولانه كفالة ببدل الكتابة

ولكنه استحسن فقال المولى جعلهما في هذا الحكم كشخص واحد فكانه الزم جميع المال كل واحد منهما ثم علق عتق صاحبه باداثه وله هذه الولاية ولهذا كان له أن يأخذ كل واحد منهما بجميع الكتابة الا أنه فى حق مابينهما اذا أدى أحدهما جميع البدل رجع على صاحبه بنصفه فاما فى حق المولى فالمال عليهما كشئ واحد حتى انه لو أدى أحدهما نصيبه من البدل لا يعتق لان المولى مارضي بعتقهما ولا عتق أحدهما حتى يصل اليه جميع البدل واذا دان المولى أحدهما دينا بعد المكاتبة فكفل الآخر لم يجز لانه لم يكن على هذا الآخر من الدين شئ ولا تعلق عتقه بأدائه فكان هذا التزاما منه بطريق التبرع ثم هو التزام الدين عن المكاتب لمولاه وذلك باطل بخلاف الاول فان عتقه تعلق بأداء ذلك المال فيجوز أن يكون هو ملتزما أداءه ولو كان للمكاتب مال على رجل فأمره فضمنه لمولاه من المكاتبة أو من دين له سوى ذلك فهو جائز لان أصل ذلك المال واجب على الكفيل فهذا في الحقيقة أمر له منه بدفع ماعليه الى مولاه أو توكيل لمولاه أن يقبض دينه من غريمه وذلك مستقيم ولو كان للمولى دين على ابن المكاتب أو على رحم محرم منه أو على عبد له فكفل به لم يجز لان من دخل فى كتابته فهو مكاتب لمولاه وكفالة الرجل على المكاتب لمولاه باطلة ومن لم يدخل في كتابته فهو عبد للمكاتب والدين الذي للمولى على عبد المكاتب بمنزلة الدين له على المكاتب لان كل واحد منهما يسقط بعجز المكاتب فكما لا تجوز الكفالة للمولى بماله على مكاتبه فكذلك بماله على عبد مكاتبه وان كفل به المكاتب عن عبده أو أم ولده جاز لان كسبهما ورقبتهما كذلك (ألا ترى) انه اذا أدى بدل الكتابة يتقرر ملكه فيهما فكان الواجب على ملكه بمنزلة الواجب عليه وتبين بهذا انه بهذه الكفالة ليس بملتزم ماليس عليه بطريق التبرع وان كفل به عن ابنه أو عن أحد أبويه لم يجز أما اذا كان حرا فغير مشكل وكذلك ان كان داخلا فى كتابته لان من دخل فى كتابته فهو بمنزلة المكاتب لمولاه (ألا ترى) ان بادائه يعتق كما يعتق المكاتب وان كان فى الحال لا تصح منه الكفالة والتبرعات كما لا تصح من المكاتب فكفالة أحد المكاتبين عن الآخر باطلة وان كان المولى واحدا واذا مات مولى المكاتب وكفل رجل بماله عليه من الكتابة أو غيرها للورثة لم يجز لانهم قائمون مقام المورث فكما لا تصح كفالة هذا الرجل للمورث عنه فى حياته فكذلك لوارثه بعد وفاته * فان قيل الوارث لا يملك رقبة المكاتب فلماذا لا تصح الكفالة * قلنا هو بمنزلة المالك على معنى انه اذا عجز كان مملوكا له مع

أن المانع من الكفالة ضعف ذلك الدين فى حق الاصيل حتى انه يسقط عنه اذا عجز نفسه وفى هذا لافرق بين المولى وبين وارثه بعد موته ولو كان للمكاتب دين علي بعض الورثة وكفل به رجل أو كفل بنفس المطلوب كان جائزا لان الاصيل مطلوب بهذا المال مطلقا فتصح كفالة الكفيل به (ألا ترى) أن المال لو كان للمكاتب علي مولاه لم يكن من جنس الكتابة وكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح فكذلك وارثه بعد موته واذا ادان العبد التاجر لمولاه دينا ولا دين عليه وأخذ منه كفيلا بذلك فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب الدين علي مولاه اذا لم يكن عليه دين فان دينه كسبه وكسبه ملك المولى ومن ملك ما فى ذمته سقط ذلك عنه وان كان علي العبد دين فالكفالة جائزة لان كسبه حق غرمائه فيتحقق واجبا فى ذمة المولى كما يتحقق واجبا فى ذمة غيره فلهذا صحت الكفالة به عنه والكفالة بالنفس فى ذلك مثل الكفالة بالمال لانه اذا لم يكن علي العبد دين لخصومته مع المولى لا تلزم المولى تسليم النفس اليه للجواب فلا تصح الكفالة بتسليم نفسه أيضا واذا كان عليه دين فانه يستحق على المولى تسليم النفس للجواب فيصح الزامه بالكفالة أيضا وكذلك أخذ هذا الكفيل بنفس مولاه فى خصومة شئ يدعيه قبله وكيلا فى خصومته فهو جائز اذا كان عليه دين لان الجواب لما كان مستحقا على المولى صح توكيله به وان لم يكن عليه دين فهو باطل لان الجواب غير مستحق له على المولى فكذلك علي وكيله لان العبد اذا لم يكن عليه دين لخفه لمولاه ويكون هذا بمنزلة التوكيل من المولي عبده فى ان يخاصم نفسه وذلك باطل وكذلك لو كفل الوكيل بنفس المولى وضمن ما عليه وهو مائة درهم فهو على التقسيم الذى قلنا فان مات المولى وعلى العبد دين فللعبد أن يستوفى المال من الكفيل لصحة الكفالة ويرجع به الكفيل فى تركة المولى لانه كفل عنه بأمره وأدى وكذلك لو كان المولي صبيا وقد أذن أبوه أو وصيه لعبده فى التجارة فاستهلك الصبي شيأ لعبده وعليه دين فضمان ذلك واجب عليه كما لو استهلكه على غريم العبد فاذا أخذ منه كفيلا بالمال برضا الاب أو الوصى كان ذلك جائزا لانه دين مستحق عليه يؤمر الاب والوصى بقضائه من ماله فتصح كفالة الكفيل به واذا كان بأمر الاب أو الوصى رجع الكفيل عليه اذا أداه واذا كفل الكفيل للعبد بمال عن مولاه وعلى العبد دين فأدى العبد دينه برئ الكفيل من الكفالة لان صحة هذه الكفالة باعتبار الدين على العبد حتى اذا لم يكن عليه دين لا تصح الكفالة فاذا سقط الدين فقد انعدم المعنى الذى

به كانت الكفالة وان عتق قبل أن يؤدى دينه ثم أداه من مال اكتسبه بعد العتق أخذ الكفيل بالمال لان الاصل أن العبد المديون اذا ادى دينه بعد العتق من مال اكتسبه بعد العتق لا يكون متبرعا بالاداء ولكن يرجع بالمؤدى فيما اكتسبه قبل العتق وما اكتسبه قبل العتق هو الدين الذى له على مولاه فاذا لم يسقط ذلك الدين عن المولى بقى الكفيل على كفالته وان أداه من مال كان له فى الرق برىء الكفيل من الكفالة لانه لا يستوجب الرجوع بالمؤدى فى كسبه فصارما فى ذمة المولى حقا له فبالخلوص يسقط عنه وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك هذا الحرف فيما اذا أدى دينه فى حال الرق فان ما فى ذمة المولى يخلص له ويسقط عنه وبراءته توجب براءة الكفيل وكفالة الرجل للمكاتب بنفس مولاه أو بدين له عليه جائزة لان المولى في كسب مكاتبه أنفذ منه في كسب عبده المديون وقد بينا صحة كفالة العبد عن مولاه اذا كان مديونا فللمكاتب أولى وكذلك لو كفل بنفسه وضمن ماذاب عليه أو جعله كفيلا بنفسه وكيلا فى خصومته وهذا بخلاف كفالة المولى عن المكاتب لان دين المولى على مكاتبه لا يقوى حتى يملك المكاتب اسقاطه بالتعجيز فامادين المكاتب على مولاه فقوى فان المولى لا يملك اسقاطه الا بالاداء فلهذا صحت الكفالة به وكذلك لو كفل عن المولى بدين لابن المكاتب أو أبعد من ذلك وابن المكاتب بمنزلة المكاتب لان من دخل فى كتابته فهو مكاتب للمولى والمستسعى فى بعض قيمته بعد ما عتق بعضه بمنزلة المكاتب وفى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز كفالة أحد عنه بالسعاية لمولاه ولا بنفسه * فان قيل المعنى الذى لاجله لا تجوز الكفالة ببدل الكتابة عن المكاتب للمولى لانه ضعيف يملك المكاتب اسقاطه بالتعجيز وهذا لا يوجد فى السعاية فانه لا يملك اسقاطه بالتعجيز اذ ليس له ان يعجز نفسه فينبغى ان تصح الكفالة * قلنا بل المعنى أن المكاتب عبد ولا يقوى دين المولى فى ذمته لانه ليس للعبد ذمة قوية فى حق مولاه وهذا موجود هنا فالمستسعى عنده بمنزلة المكاتب لان الرق يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يعتق نصيبه ما لم يؤد حق السعاية وكذلك العتق عند الموت اذا لم يخرج من الثلث فلزمته السعاية فهذه السعاية بمنزلة بدل الكتابة على معنى أنه لا يعتق الا بأدائها فلا تصح الكفالة بها عند المولى وهذا بخلاف ما اذا أعتق عبده على مال فكفل كفيل للمولى بذلك المال صحت الكفالة لانه عتق هناك بنفس القبول فكان المال دينا قويا فى ذمته كسائر الديون والمستسعى لا يعتق الا بالأداء فلا يكون

المال لازما فى ذمته بصفة القوة وهـذا لان العتق فى الأصـل صلة و كل مال يحصل بأدائه العتق أو يتم بادائه العتق يكون فى معـنى الصـلة فلا تصح الكفالة به فاما الواجب بعد تمام العتق فليس فيه معنى الصلة فتصح الكفالة به واذا كان العبد التاجر بين رجلين فادانه أحدهما دينا وأخذ منه كفيلا به أو بنفسه فهو جائز غير انه لا يلزم الكفيل الا نصف المال لانه انما يجب على الكفيل بالكفالة ماهو واجب على الاصيل وهو العبد نصف المال لان حصة المولى المدينة لا تجب عليه فان المولى لا يستوجب الدين على عبده وانما ثبت بحصة نصيب الآخر وذلك نصف المال فوجب على الكفيل ذلك أيضا وكذلك لو كان العبد هو الذي ادان أحد موليه وأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالمال فهو جائز يؤخذ ان كان على العبد دين لان جميع الدين هنا ثابت للعبد على المولى الذى له النصف لانه غير مملوك والنصف الآخر لقيام الدين عليه وان لم يكن عليـه دين ثبت نصف الدين عليـه وهو نصيب المولي الآخر فاما نصيبـه من كسب العبد في خالص حقه فتصح الكفالة عنـه للعبد بالنصف هنـا دون النصف الآخر وكذلك شريك المولى شركة مفاوضة لو ادان العبد دينا فأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالدين فهو جائز غير انه يبطل من حصة المولي من الدين نصفها بقدر ملـكه وما سقط عن الاصيل سقط عن الـكفيل بقدره ولو كان للمولى شريك شركة عنان فادان العبد وأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالدين فهو جائز لان شريكي العنان فيما ليس من شركتهما كسائر الاجانب فكان جميع دينه مستحقا على العبد فتصح الكفالة ولو ان الموليين جميعا أدانا العبد دينا واحدا بعقد واحد وفى صفقة واحدة فأخذا منه كفيلا بالمال أو بنفسه فهو جائز غير انه يبطل منه مقدار حصته لانه لا يستوجب الدين على ملـكه وبقدر ما يبطل عن الاصيل يبطل عن الـكفيل ولو أن العبد أدان موليه دينا وأخذ منهما كفيلا به فهو جائز غير انه يبطل من كل واحد منهما نصف الدين لان نصف كسب العبـد خالص كل واحـد منهما اذا لم يكن على العبد دين ولو كان للعبد دين على رجل فكفل به أحد موليه أو كفل بنفسه فهو جائز يؤخذ به كله ان كان عليه دين لان كسبه حق غرمائه فالموليان منه كسائر الأجانب وان لم يكن عليه دين أخذ بنصفه لان نصف كسبه للمولى الذى كفل ولا يجب له بالـكفالة على نفســه فلهذا كان له عليه الـكفالة بقدر نصيب شريكه وان كفل له الموليان جميعا بمال وكل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فان كان على العبد دين فهو جائز لانه ان كفل به أحدهما جاز فـكذلك اذا كفلا

به لانهما كسائر الاجانب فى كسبه وأيهما أدى اليه المال رجع على صاحبه بنصفه ليستويا فى غرم الكفالة كما استويا فى أصل الكفالة وان لم يكن عليه دين بطل عنهما نصف هذا الدين لان كل واحد منهما مالك لنصف كسبه ولا يملك لنفسه بنفسه فلهذا بطل عنهما نصف هذا الدين ولا يكون كل واحد منهما كفيلا من قبل صاحبه لان كل واحد منهما انما يضمن بأصل الكفالة صاحبه فلا يجوز ان يصير صاحبه كفيلا عنه بذلك اذ يكون كفيلا بنفسه وذلك باطل ولو كفل ماجازت فيه كفالة المسلم عن المسلم والذمى عن الذمى جاز لان الكفالة من المعاملات وأهل الذمة يستوون مع المسلمين فى المعاملات ولو كفل الذمى عن الذمى للذمى بالخمر من قرض أو غصب أو استهلاك صحت الكفالة لان الخمر مال متقوم عندهم فان أسلم الطالب سقطت الخمر عن الاصيل والكفيل جميعا لا الى بدل لانه لا يستوجب الخمر ولا قيمتها ابتداء بهذا السبب على أحد فكذلك لا يبقى ما كان واجبا له ويجعل باسلامه له كمبرئ الاصيل والكفيل جميعا وان أسلم المطلوب فكذلك الجواب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يجب على المطلوب قيمة الخمر ويبقى الكفيل على كفالته وهى رواية زفر رحمه الله وخالفه أبو حنيفة رحمه الله لان اسلام المطلوب لا يمنع وجوب قيمة الخمر عليه للذمى ابتداء (ألا ترى) انه لو استهلك المسلم خمر ذمى أو استقرض من ذمى خمرا فاتلفها كانت مضمونة عليه بالقيمة فكذلك تبقى القيمة على المسلم للذمى وقد جعلنا الطالب باسلامه كالمبرئ والمطلوب لا يمكن ان يجعل باسلامه كالمبرئ لانه لا يبرئ نفسه وان لم يبرأ الاصيل لا يبرأ الكفيل فيكون للطالب الخيار ان شاء رجع على الاصيل بقيمة الخمر وان شاء رجع على الكفيل بالخمر ثم الكفيل يرجع على الاصيل بقيمة الخمر ان كان كفل بأمره ووجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ان الخمر التى هى بدل القرض اذا سقطت بالاسلام تسقط لا الى بدل كما اذا سقطت باسلام الطالب وكان المعنى فيه أن الطالب لو استوفى القيمة لكان به مملكا من المطلوب الخمر التى فى ذمته ولا يجوز تمليك الخمر من المسلم ببدل فتسقط أصلا لان حق اسقاط البدل متى كان متعلقا بشرط تمليك المبدل فاذا امتنع ذلك يسقط أصلا كمن هشم قلب فضة لانسان فلصاحب القلب ان يضمنه قيمته من خلاف جنسه بشرط ان يملكه المهشوم فاذا امتنع من ذلك لا يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا كان المطلوب مسلما وقت الاستقراض والاستهلاك فان أصل الخمر هناك لا تجب فى ذمته ابتداء وانما تجب القيمة ولا

يشترط لوجوب القيمة ملك ما يقابله كمن غصب مدبرا أو أتلفه يضمن قيمته من غير ان
يملك المدبر به فاذا سقطت عندهما الخمر عن المطلوب لا الى بدل برئ الكفيل لان ابراء الاصيل
يوجب براءة الكفيل ولو أسلم الكفيل خاصة سقطت الخمر عن الكفيل لا الى بدل فى قول
أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله ولكن براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل
وكانت الخمر للطالب على المطلوب على حالها وعند محمد رحمه الله الطالب بالخيار ان شاء رجع
على الكفيل بقيمة الخمر لانه مطلوب وان شاء رجع على الاصيل بالخمر فان أخذ من الكفيل
قيمة الخمر لم يرجع الكفيل على الأصيل بشئ لانه مطالب فى حق الاصيل واسلام الطالب
يسقط الخمر لا الى بدل وان أسلموا جميعا يسقط الخمر لا الى بدل لان فى اسلامهم اسلام
الطالب وزيادة وكذلك ان اسلم الطالب والكفيل أو الطالب والاصيل فان أسلم الكفيل
والاصيل سقطت الخمر لا الى بدل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ويتحول الى القيمة
عند محمد رحمه الله فاذا استوفاه من الكفيل لم يرجع الكفيل على الاصيل لانه طالب فى حقه
ولو كانت الخمر من ثمن بيع والمسئلة بحالها فان أسلم الطالب أو المطلوب سقطت الخمر لا الى
بدل بالاتفاق لانفساخ البيع بينهما باسلام أحدهما قبل قبض الخمر وان أسلم الكفيل خاصة
فالبيع يبقى على حاله ويسقط الخمر لا الى بدل من الكفيل فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف
رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يتحول الى القيمة لان ما فى ذمة الكفيل بمنزلة القرض ولو
كانت الخمر سلما والمسئلة بحالها فان أسلم الطالب والمطلوب سقطت لا الى بدل لانفساخ
العقد بينهما وان أسلم الكفيل يبقى العقد بين رب السلم والمسلم اليه ولكن يبرأ الكفيل
بالاتفاق لانه لايجوز ان يتحول حق رب السلم الى القيمة دينا فى ذمته فان الاستبدال بالمسلم
فيه قبل القبض لايجوز ولو كانت الخمر صداقا والمسئلة بحالها فنقول أما بيان قول أبى حنيفة
رحمه الله فى الصداق اما ان يكون خمرا أو خنزيرا بعينه أو بغير عينه فان كان بعينه وقد كفل
به كفيل فهو صحيح لان الصداق مضمون بنفسه في يد الزوج والكفالة بالاعيان المضمونة
بنفسها صحيحة كالمغصوب وسواء أسلم الزوج والمرأة أو أحدهما أو أسلموا جميعا فبقى حقها
فى العين كما بيناه فى كتاب النكاح فيكون لها ان تأخذ العين من الزوج وان شاءت طالبت
الكفيل بالتسليم لان الزوج لما بقى بالتسليم بعد اسلامه يبقى الكفيل مطالبا به أيضا وان كان
بغير عينه فان كان خمرا وأسلمت المرأة فحقها في ذمة الزوج فى قيمة الخمر ويبرأ الكفيل من

الكفالة لانها طالبته وما فى ذمة الكفيل بمنزلة بدل القرض فانه غير واجب بالنكاح بل انما وجب بالكفالة فيسقط باسلام الطالب لا الى بدل فأما فى ذمة الزوج فصداق واسلامها يحول الحق الى قيمة الخمر فى صداق بغير عينه عند أبى حنيفة رحمه الله وان أسلم الزوج فحقها عليه فى قيمة الخمر وان شاءت طالبت الكفيل بالخمر لان الاصيل ما برئ باسلامه بل تحول الى القيمة فى حقه لتعذر تسليم عين الخمر عليه ولم يتعذر ذلك على الكفيل فان استوفت الخمر من الكفيل لم يكن للكفيل ان يرجع على الزوج بشئ لانه بمنزلة المقرض من الاصيل وعند أبى حنيفة رحمه الله اسلام المستقرض يسقط الخمر لا الى بدل وان أسلم الكفيل فانها ترجع على الزوج بالخمر وقد برئ الكفيل لان ما فى ذمته بمنزلة القرض واسلام المطلوب عنده يسقط الخمر لا الى بدل وان كان خنزيرا بغير عينه فان أسلمت المرأة فلها مهر مثلها على الزوج ولا شئ على الكفيل من ذلك لان الخنزير قد سقط ومهر المثل دين حادث على الزوج والكفيل لم يكفل به وان أسلم الزوج فكذلك الجواب لان الزوج قد برئ عن الخنزير أصلا فيبرأ الكفيل ببراءته ومهر المثل دين حادث على الزوج فليس على الكفيل منه شئ وان أسلم الكفيل سقط عنه الخنزير لا الى بدل ولها على الزوج الخنزير أو قيمته على حاله فاما على قول أبى يوسف رحمه الله فالجواب في الفصول كلها كما هو قول أبى حنيفة رحمه الله فى الخنزير بعينه وعلى قول محمد رحمه الله الجواب فى الفصول كلها كجواب أبى حنيفة رحمه الله فى الخمر بغير عينها الا في فصلين (أحدهما) فيما اذا أسلم الزوج وأدى الكفيل عين الخمر فعند محمد رحمه الله يرجع الكفيل على لزوج بقيمة الخمر لانه مطلوب فى حقه واسلام المطلوب عند محمد رحمه الله يسقط الخمر الى القيمة (والثانى) فيما اذا أسلم الكفيل عند محمد رحمه الله فلها الخيار ان شاءت رجعت على الزوج بالخمر وان شاءت على الكفيل بقيمة الخمر لان الكفيل مطلوب فى حقها واسلام المطلوب عنده يسقط الخمر الى القيمة ولو كفل الذمى بالخمر عن الذمى لمسلم فهو باطل لان المسلم لا يستوجب الخمر دينا على أحد ولا يكون له الخمر ايضا عينا مضمونة على أحد فلا تصح الكفالة بها له وكذلك ان كفل عن مسلم لذمى بخمر لان الخمر لا يكون دينا فى ذمة المسلم لاحد والكفالة بما ليس بواجب فى ذمة الاصيل باطلة وكذلك لو كفل مسلم لذمى عن ذمى بخمر فهو باطل لان المسلم لا يلتزم الخمر بشيء من العقود لأحد فكذلك بالكفالة لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم وكفالة الذمى بالخمر للعبد التاجر الذمى

والمكاتب الذى جائزة وان كان مولاهما مسلما لانهما يتصرفان لانفسهما والمعتبر فى التصرف فى الخمر فى حقهما دينهما لادين مولاهما فان كانا ذميين جازت الكفالة لهما بالخمر كما لو كانا حربيين واذا كاتب الذى عبدين له ذميين على خمر مسماة وكل واحد منهما كفيل عن الآخر فأسلم احدهما صارت كلها قيمة لان جواز العقد كان باعتبار انهما فى هذا العقد كشخص واحد ولولا ذلك لم يصح لاعتبار معنى الكفالة فاذا كانا كشخص واحد يجعل اسلام أحدهما فى حكم التحول من الخمر الى القيمة كاسلامهما * توضيحه انه لايعتق واحد منهما الا اذا أدى جميع البدل الى المولى ولو تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة وبقى نصيب النصرانى منهما خمرا التميز ماعلى أحدهما مما على الآخر فيعتق أحدهما باداء ما عليه وذلك خلاف شرط المولى فاما ان يبقى الكل خمرا أو يتحول قيمة وابقاؤه خمرا بعد اسلام أحدهما لا يصح فيتحول الكل الى القيمة وكذلك اذا كان عبد واحد مكاتب لذميين على خمر فأسلم أحدهما لما بينا انه لايتميز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر وقد صح تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة فيتحول نصيب الآخر أيضاً ضرورة ولو كاتب النصرانى عبدا مسلما وعبدا نصرانيا على خمر وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه لم يجز لانهما كشخص واحد فى هذا العقد وقد بطل نصيب المسلم فكذلك النصرانى اذ لو جوزنا العقد فى نصيب النصرانى لايبقى جعل المسلم كفيلا به والمولى ما رضى الا بذلك ولو غصب ذمى من ذمى خمرا أو خنزيرا فكفل به عنه مسلم لم يجز ان كانا قائمين لان المسلم كما لا يلتزم الخمر والخنزير فى ذمته دينا بالعقد فكذلك لايلتزم تسليم عينى الخمر والخنزير بالعقد وان كانا قد هلكا قبل الكفالة صارت الكفالة بما عليه من ضمان الخنزير ولم يجز فى الخمر لان الخمر مضمونة على الغاصب بالمثل فالكفيل المسلم انما يلتزم الخمر في ذمته بالكفالة وذلك لايجوز فاما الخنزير فمضمون بالقيمة والقيمة دراهم فصح التزام ذلك بالكفالة ولو كان الغاصب مسلما جازت كفالته عنه فى الخمر أيضا بعد هلاكها لان خمر الذمى مضمونة على المسلم بالقيمة كالخنزير والقيمة دراهم فاذا كانت الكفالة تكون بالقيمة بعد هلاكها فهذا مسلم التزم دراهم هى دين على الاصيل بالكفالة وذلك صحيح

باب الكفالة بالمال

(قال رحمه الله) وفيه حديث أبى امامة رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله

عليه وسلم يقول العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى والزعيم غارم والمنحة نوع من العارية ولكن فيها معنى المطية فان من أعار غيره شاة اوناقة ليشرب لبنها يسمي ذلك منحة ولهذا قلنا ان من منح غيره شيئا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدار والدابةوالثوب يكون عارية ولا يكون منحة وان منحه شيئا لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة لاعارية والا عارة فى مثله تكون قرضا وفيه دليل ان رد العارية على المستعير ورد المنحةعلى الممنوح له لان منفعة النقل حصلت له وقضاء الدين يستحق على المديون بقوله والدين مقضى ومقصوده آخر الحديث وهو قوله والزعيم غارم معناه الكفيل ضامن أى ضامن لما التزمه من مال أو تسليم نفس على معنى انه مطالب به واذا كان لرجل على رجل الف درهم الى أجل فقال له رجل اذاحل أجل مالك على فلان فلم يوفك مالك فهو علي أو قال ان حل فهو على فهو جائز على ماقال لان حلول المال على الأصيل سبب لتوجه المطالبة عليه والكفالة التزام المطالبة فيجوز اضافتها الى وقت توجد المطالبة به على الاصيل وتعليقها به وكذلك لو قال ان مات فلان قبل أن يوفك مالك فهو علي لان موت المديون سبب لحلول الاجل وتوجه المطالبة بقضاء الدين فيجوز تعليق الكفالة به بخلاف ما اذا علقه بموت رجل آخر واذا ادعى الكفيل بعد موته أو بعد حلول المال ان المطلوب قد كان قضاه قبل ذلك لم يصدق لان السبب الموجب لتوجه المطالبة على الكفيل قد تقرر وقد يدعي مانعا مالم يظهر وهو قضاء المطلوب حقه ولو ادعى المطلوب ذلك بنفسه لم يصدق الا بحجة فكذلك اذا ادعاه الكفيل ولو كان حالا فقال ان لم يعطك فلان مالك فهو علي فتقاضي الطالب المطلوب فلم يعطه ساعة تقاضاه فهو لازم الكفيل لان الشرط امتناع المطلوب من الاعطاء وانما يتحقق بعد ذلك التقاضى فكما تقاضاه وامتنع من الأداء فقد وجد شرط وجوب المال على الكفيل ولان مقصود الكفيل من هذا دفع مؤنة كثرة التقاضى عن الطالب فانه يتأدى بذلك وانما يحصل ذلك اذا صار الكفيل ملتزما عند امتناع المطلوب بعد التقاضى وذكر عن شريح رحمه الله أنه قضى بكفالة وقال ان الكفيل غارم وفيه دليل جواز الكفالة مطلقا لكن لا يكون مستحق التسليم حتى يتحقق ان الكفيل غارم له واذا كفل الرجل عن رجل بمال فللطالب ان يأخذ به أيهما شاء ومطالبة احدهما لا يسقط حقه فى مطالبة الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب وقد بينا نوع فرق بينهما ونوع آخر وهو أن هناك الحق قبل أحدهما فيعين من عليه الحق

باختياره وهنا أصل الدين بعد الكفالة على الاصيل كما كان قبله (ألا ترى) انه يكتب في الصكوك لفلان على فلان كذا وفلان به كفيل وموجب الكفالة زيادة الحق للطالب فى المطالبة وانما يتحقق ذلك اذا توجهت المطالبة له عليهما فلا تكون مطالبة احدهما مسقطة حقه فى مطالبته الآخر فاذا أخذ الكفيل به كان للكفيل ان يأخذ المكفول به فيعامله بحسب ما يعامل وليس له أن يأخذ المال من الأصيل حتى يؤديه لانه قبل الأداء مقرض للذمة فلا يرجع بالمال حتى يؤديه فحينئذ يصير به متملكا ما فى ذمة الأصيل ولكن ان قضاه الاصيل فهو جائز لان أصل الوجوب ثبت للكفيل على الاصيل وان كان حق الاستيفاء متأخرا الى أدائه وتعجيل الدين المؤجل صحيح فاذا قبضه الكفيل وتصرف فيه كان ماربح حلالا له لانه ملك المقبوض ملكا صحيحا فالربح الحاصل لديه يكون له ولو هلك منه كان ضامنا لانه قبضه على وجه اقتضاء الدين الذى له على الاصيل وعلى وجه الاقتضاء يكون مضمونا على المقتضى ولو اقتضاه الطالب من الذى عليه وهو الاصيل فله أن يرجع على الكفيل بما اعطاه لانه انما اعطاه ذلك ليسلم له به ما فى ذمته بأن يؤديه الكفيل عنه فاذا لم يسلم له كان له أن يرجع عليه بما أعطاه ولو لم يكن دفعه الى الكفيل في الابتداء على طريق القضاء ولكن قال أنت رسولى بها الى فلان الطالب فهلك من الكفيل كان مؤتمنا في ذلك لانه استعمله حين بعث بالمال على يده الى الطالب ولو استعمل فى ذلك غيره كان أمينا فيه فكذلك اذا استعمل الكفيل حتى اذا أداه المطلوب الى الطالب بعد ذلك لا يرجع على الكفيل بشيء وان أدى الكفيل الى الطالب رجع به على الاصيل فهلاك الامانة فى يده كهلاكها في يد صاحبها ولو لم يهلك منه ولكنه عمل به وربح أو وضع كانت الوضيعة عليه لانه مخالف بما صنع والربح له يتصدق به فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله يطيب له بمنزلة المودع اذا تصرف فى الوديعة وربح ولو كان الدين طعاما فأرسل به الاصيل مع الكفيل الى الطالب فتصرف فيه الكفيل فربح فهذا والاول سواء ولو أعطاه الطعام اقتضاء عما كفل به فباعه وربح فيه فان أبا حنيفة رحمه الله يقول الربح له ولو تصدق به كان أحب الى وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يطيب له الربح فالحاصل أن الكفيل ان قضى الطالب طعامه فالربح يطيب له لانه استربح على ملك صحيح له وان قضي المطلوب طعامه حتى رجع على الكفيل بالطعام الذى أعطاه فالربح يطيب للكفيل فى رواية كتاب البيوع لان أصل ملكه كان صحيحا فبأن وجب عليه الرد بعد

ذلك لا يمكن خبث في الربح وفى الجامع الصغير يقول يرد الاصل والربح على الاصيل عند أبي حنيفة رحمه الله لانه انما رضي بتسليمه اليه بشرط ولم يسلم له ذلك الشرط ولكن مراده ان يفتى برد الربح عليه من غير أن يجبر عليه فى الحكم وهنا قال يتصدق بالربح لانه يمكن فيه نوع خبث حين كان قبضه بشرط ولم يسلم ذلك الشرط للمعطى فيؤمر بالتصدق به على سبيل الفتوى بخلاف ماتقدم من الدراهم فانها لاتتعين فى العقد فلم يكن ربحه حاصلا على عين المال المقبوض فاما الطعام يتعين فانما ربح على غير المقبوض فيتمكن فيه الخبث من هذا الوجه واذا قال الرجل للرجل اكفل عني لفلان بكذا وكذا فهذا اقرار منه بالمال ان كفل به أولم يكفل لانه أمره بالكفالة عنه ولا تكون الا بعد وجوب المال على الأصيل فان الكفيل اما ان يلتزم المطالبة بما هو واجب على الاصيل أو يقرض ذمته على ان يثبت فيها ماهو واجب فى ذمة الاصيل فيقتضى أمره بذلك الاقرار وجوب المال عليه والثابت بمقتضى النص كالثابت بالنص فكانه قال لفلان على الف درهم فاكفل بها عني واذا كان لرجل على رجل الف درهم الى أجل فتكفل بها عنه رجل ولم يسمه فى الكفالة الى أجل فالكفيل بها ضامن للاصيل وان لم يسمه لانه يلتزم المطالبة التى هى على الأصيل والمطالبة على الأصيل بهذا المال بعد حلول الأجل فكذلك على الكفيل أو يلتزم فى ذمته ماهو ثابت في ذمة الأصيل والثابت فى ذمة الأصيل مؤجل الى سنة فكذلك لو كان فى ذمة الأصيل زيوف تثبت فى ذمة الكفيل بتلك الصفة وهنا بخلاف الشفيع اذا أخذ الدار بالشفعة والثمن مؤجل على المشترى لا يثبت الأجل فى حق الشفيع لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وهو سبب مبتدأ لوجوب الثمن به على الشفيع فلا يثبت الأجل فيه الا بالشرط فأما الكفالة فليست بسبب لوجوب المال بها ابتداء ولكنها التزام لما هو ثابت فلا يثبت الا بتلك الصفة فان مات الكفيل قبل الأجل فهو عليه حال يؤخذ من تركته لانه بالموت استغنى عن الأجل ولانه يتصور لابقاء الاجل بعد موته لان بدوارثه لا تنبسط فى التركة لقيام الدين وربما يهلك قبل حلول الأجل والأجل كان لمنفعة من عليه الدين فاذا أدى الى الضرر سقط ولكن لا يرجع ورثته على الذى عليه الأصيل حتي يحل الأجل لان الأجل باق فى حق الاصيل لبقاء حاجته حتى لا يطالبه الطالب بشئ فكذلك ورثة الكفيل ولو مات الاصيل قبل الاجل حلت عليه لاستغنائه عن الاجل ولم يحل علي الكفيل لبقاء حاجته الى الأجل وليس من ضرورة حلوله على الأصيل

سقوط الأجل فى حق الكفيل (ألا ترى) انه لو كان أصل المال حالا ثم اجل الكفيل فيما عليه صح وبقى المال على الاصيل حالا والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولو كان لرجل على رجل الف درهم حالة فكفل بها رجل الى سنة فهو جائز الى ذلك الأجل وهذا تأخير عن الذى عليه الأصل قال (ألا ترى) انه لو كان عليه ذكر حق بالف درهم وفلان كفيل بها الى سنة كانت عليهما جميعا الى سنة وعن زفر رحمه الله ان المال على الأصيل حال لانه اجل الكفيل خاصة والتأجيل اسقاط للمطالبة الى غاية فاذا كان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فالتأجيل في حق الكفيل لا يمنع كون المال حالا على الأصيل ولكنا نقول انما أجل الطالب هنا أصل الدين لان الهاء فى قوله فكفل بها الى سنة كناية عن اصل المال واضافة التأجيل الى أصل المال يثبت الأجل فى حق الأصيل والكفيل جميعا حتى لو اجل الكفيل بما التزم بالكفالة يبقى المال حالا على الأصيل وهكذا يقول فى الابراء اذا اضافه الى أصل المال يكون ابراء لهما واذا اضافه الى الكفيل خاصة يكون موجبا براءة الاصيل واذا كفل له بألف درهم لفلان على أن يعطيها اياه من وديعة لفلان عنده فهو جائز لانه قبل الالتزام بمحل مخصوص وهو ان يؤديه بما فى يده وذلك صحيح فى الكفالة والحوالة جميعا فان هلكت الوديعة فلا ضمان على الكفيل لانعدام الجناية ولا فرق فى حقه بين التزام اداء الوديعة الى صاحبها أو غريم صاحبها بأمر صاحبها فاذا لم يضمن الوديعة فقد فات المحل الذى التزم فيه التسليم للطالب وقد بينا ان فوات المحل مبطل للكفالة ولو كان لرجل عند رجل الف درهم وديعة وعلى رب الوديعة ألف درهم دين وطلب من الذى عنده الوديعة التزام أداء ذمته بمحل مخصوص وهو تقييد مفيد فى حقه حتى لا يكون ضامنا فى ذمته شيئا بهلاك ذلك المال ثم ليس لصاحب الوديعة ان يأخذها من الكفيل لان حق الغريم وقد تعلق بها ولانه التزم أداء دينه منها بأمره ولا يتمكن من ذلك الا بعد كونها فى يده فاذا هلكت برئ الكفيل منها لما بينا والقول قوله فى انها هلكت لانه بقى أمينا فى العين بعد هذه الكفالة كما كان قبلها فيكون مقبول القول فى هلاكها وان اغتصبها اياه رب الوديعة أو اغتصبها اياه انسان آخر فاستهلكها برئ الكفيل لما بينا ان وجوب الأداء عليه كان مقصورا على العين مابقيت فى يده فانه ما التزم في ذمته شيئا فاذا لم تبق العين فى يده لا يكون ضامنا شيئا وكذلك لو ضمن له ألف درهم على ان يعطيها اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن عليه ضمان لانه التزم الاداء من محل مخصوص

وهو ثمن الدار ولا يحصل ثمن الدار في يده مالم يبع الدار وهو لم يلتزم بيعها على ذلك فلهذا لا يطالب بشيء مالم يبع الدار ويقبض الثمن ولو كفل رجل عن رجل بمال على أن يجعل له جعلا فالجعل باطل هكذا روى عن ابراهيم رحمه الله وهذا لانه رشوة والرشوة حرام فان الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال فلا يجوز ان يجب عليه عوض بمقابلته ولكن الضمان جائز اذا لم يشترط الجعل فيه وان كان الجعل مشروطا فيه فالضمان باطل أيضا لان الكفيل ملتزم والالتزام لا يكون الا برضاه (ألا ترى) انه لو كان مكرها على الكفالة لم يلزمه شيء فاذا شرط الجعل في الكفالة فهو مارضى بالالتزام اذا لم يسلم له الجعل واذا لم يشترطه في الكفالة فهو راض بالالتزام مطلقا فيلزمه وكفالة المرتد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله بنفس كانت أو بمال كسائر تصرفاته وكفالة المرتدة جائزة وان ماتت على الردة كسائر تصرفاتها فانها لا تقبل بخلاف الرجل وهذا فرق ظاهر في السير فان لحقت بدار الحرب وسبيت بطلت الكفالة بالنفس دون المال لانها لما لحقت وسبيت فكأنها ماتت (ألا ترى) ان مالها لورثتها وموت الكفيل يبطل الكفالة بالنفس دون المال وفي الكتاب قال هي بمنزلة أمة كفلت بنفس لان الكفالة بالنفس لما كانت لا تتحول الى المال وقد صارت هذه أمة بالاسترقاق فكأنها كفلت ابتداء وهي أمة فلا تطالب بذلك لحق مولاها وأما الكفالة بالمال فقد تحولت الى ما خلفت من المال وكان وارثها مطالبا بقضاء ذلك ولكن التعليل الاول أصح لما ذكر بعد هذا قال وان اعتقت يوما من الدهر لم تؤخذ بالكفالة بالنفس ولا بالمال وقد أبطل السبي كل كفالة وكل حق قبلها ولو كان هذا بمنزلة ابتداء الكفالة منها وهي أمة كانت تؤخذ بذلك بعد العتق فعرفنا انه لما تبدلت نفسها بالرق كان ذلك بمنزلة موتها على ما قيل الحرية حياة والرقية تلف فبطلت الكفالة بالنفس أصلا وتحول المال الى مال ولا يعود شيء من ذلك اليها بعد العتق ولو كفل مسلم بنفس مرتد في دين عليه فلحق بدار الحرب أو ارتد بعد الكفالة ولحق كان الكفيل على كفالته وقد بينا هذا الفصل بفروعه في أول الكتاب فان كانت امرأة فسبيت بطلت الكفالة عنها بالنفس دون المال لانها حين سبيت فقد سقطت عنها المطالبة بالحضور فيسقط عن الكفيل ما التزم من الاحضار * توضيحه انها لما تبدلت نفسها بالاسترقاق فكأنها ماتت وموت المكفول عنه بنفسه يبطل الكفالة ولكن الكفيل مأخوذ بقضاء ذلك الدين فاذا اداه رجع به فيما تركت في دار الاسلام لانه دين مؤجل كان له عليها بمنزلة سائر ديونها فان

لم يكن شيء تركت وأدى الكفيل ذلك ثم ان عتقت يوما لم يتبعها من ذلك بشيء لان السبي أبطل عنها كل دين فان نفس المسبي تتبدل بالاسترقاق من صفة المالكية الى المملوكية والدين لا يجب على المملوك الا شاغلا لماليته وهذا الدين حين وجب لم يكن شاغلا لشيء سوى الذمة وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة فلهذا سقط عنها وكذلك الذمى والذمية اذا انقضى العهد ولحقا بالدار وقد كفل رجل عنهما بنفس أو مال فان الكفيل يؤخذ بذلك فان ماتا أو سبيا بطلت الكفالة بالنفس دون المال فان أداه ثم عتقا لم يرجع عليهما به لما بينا فى المرتدة ولا تجوز كفالة المرتد عن الذمى بالخمر والخنزير لان حكم الاسلام باق فى حق المرتد فانه مجبر على العود الى الاسلام غير مقر على ما اعتقده فكما لا تجوز كفالة المرتد بالخمر فكذلك كفالة المرتد وعلى هذا لو استهلك المرتد خمر الذمى كان عليه قيمتها كما لو استهلكها مسلم فان كفل بها عنه مسلم جاز لان القيمة الواجبة عليه دراهم أو دنانير ولو كفل مسلم لمرتد بنفس أو مال ثم لحق المرتد بدار الحرب كان ورثته على حقه من الكفالة لانهم يخلفونه فى حقوقه بعد لحاقه كما يخلفونه فى املاكه فان رجع ثانيا كان له ان يأخذ الكفيل بالنفس والمال لان ما كان قائما من حقوقه يعود اليه اذا رجع ثانيا بمنزلة ماهو قائم من املاكه وان كان ورثته قد استوفوا بقضاء القاضى فالكفيل من ذلك برىء بمنزلة ماهلك من ماله وهذا لان الاداء الى وارثه بقضاء القاضى بمنزلة الاداء اليه فيبرأ الكفيل به وكفالة المستأمن والكفالة له بمال أو نفس جائزة لانه من المعاملات وانما دخل دارنا بامان ليعاملنا فى المعاملات يستوى بنا فان لحق بداره ثم خرج مستأمنا فالكفالة بحالها لانه باللحاق صار من أهل دار الحرب حقيقة بعد ان كان من أهلها حكما فهو قياس ما بينا فى المرتد وان أسر بطلت الكفالة فيما له لان نفسه قد تبدلت بالاسر وذلك مبطل لحقوقه ولم يخلفه ورثته فى ذلك بخلاف المرتدة على ما بينا فاما فيما عليه فتبطل الكفالة بالنفس لتبدل نفسه بالاسر كما فى المرتدة وبالمال كذلك هنا لان فى المرتدة المال يتحول الى ما خلفت وليس هنا محل هو خلف عنه فلهذا بطلت الكفالة بالمال أيضا ومكاتب الحربى اذا كان مستأمنا فى دار الاسلام وعبده بمنزلة عبيد أهل الذمة ومكاتبيهم فى جميع ذلك لان فى المعاملات هم بسبب عقد الضمان يكونون بمنزلة أهل الذمة فكذلك عبيدهم ومكاتبوهم والله أعلم بالصواب

باب كفالة الرهط بعضهم عن بعض

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه ثلاثة نفر وبعضهم كفيل عن بعض وكلهم ضامنون ذلك فهو جائز لان كل واحد منهم كفيل عن الاصل بجميع المال وذلك جائز فان الكفالة للتوثق بالحق وهو يحتمل التعدد ثم كفل كل واحد منهم عن الآخرين بما لزمهما بالكفالة والكفالة عن الكفيل صحيحة لان الكفيل مطلوب بما التزمه وشرط صحة الكفالة أن يكون المكفول عنه مطلوبا بما التزمه الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل فان أدى أحد الكفلاء المال كان له أن يرجع على الاصيل بالمال كله ان شاء لانه أدى ما تحمل عنه بأمره وان شاء رجع على شريكيه فان الكفالة بثلثي المال لانهم في حكم الالتزام بهذه الكفالة سواء فينبغي أن يستووا في الغرم وان شاء أخذ أحدهما بالنصف لانه اذا لقي أحدهما قال له أنا وأنت في غرم الكفالة سواء لانا جميعا كفيلان عن الاصيل وعن الثالث أيضا فهات نصف ما أديت لنستوى في الغرم ثم اذا رجع عليه بالنصف رجعا على الثالث اذا لقياه بثلث المال فيأخذان ذلك نصفين ليستوى هو بهما في عدم الكفالة ثم يرجعون على الاصيل بالمال كله لانهم كفلوا عنه بأمره وأدوه ولو كان ثلاثة نفر عليهم ألف درهم وبعضهم كفيل عن بعض فأدى المال أحدهم فان للمؤدى ان يرجع على كل واحد من الآخرين بالثلث ان شاء لان كل واحد منهم أصيل في ثلث المال والمؤدى قد كفل عن كل واحد منهما في ذلك الثلث بأمره وان شاء رجع على أحدهما بالنصف أما الثلث فلانه كفل عنه وأدى وأما السدس فلان المؤدي مع الذي لقيه كفيلان عن الثالث بما عليه وهو الثلث فينبغي أن يكون غرم هذه الكفالة عليهما على السواء فيرجع عليه بنصف هذا الثلث لتحقق المساواة بينهما في الغرم ثم يرجعان على الثالث اذا لقياه بالثلث فيأخذان ذلك بينهما نصفين وفي الكتاب ذكر عن عبد الله بن الجلاب انه باع قوما غنما على ان يأخذ أيهم شاء بحقه فأبى شريح رحمه الله ذلك وقال اختر أملاهم فخذه حتى تستوفى منه حقك وانما أوردنا هذا لنبين انه يجوز ان يكون المال عليهم ويكون بعضهم كفيلا عن بعض بما على كل واحد منهم لما في هذا من زيادة التوثق لحق صاحب الحق فان بدون هذه الكفالة لم يكن له ان يطالب كل واحد منهم الا بما عليه وهو الثلث وبعد هذه الكفالة له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال مع بقاء حقه في المطالبة الاصلية وهو ان يطالب كل واحد منهم بالثلث ولا فرق في هذا الحكم بين

ان يشترط ان يأخذ أيهم شاء بحقه كما ذكر فى الحديث وبين ان يشترط ان بعضهم كفيل عن بعض بالمال أو لم يقل بالمال لان ذلك معلوم بدلالة الكلام وان كان قال مليئهم على معدمهم أو حيهم على ميتهم فليس هذا بشيء ولا يطالب كل واحد منهم الا بثلث المال لان هذه كفالة بالمجهول على المجهول ولا يدرى من يفلس منهم ليكون الملئ كفيلا عنه ولا من يموت منهم ليكون الحى كفيلا عنه فان حرف على فى هذه المسائل بمعنى عن كقوله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون أى عن الناس وكفالة المجهول باطلة واذا كان لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتا درهم وكل اثنين منهم كفيلان عن اثنين بجميع المال فان للطالب أن يأخذ أى اثنين منهم بجميع المال ان شاء وان يأخذ الواحد منهم بسبعمائة وخمسين درهما أما أخذه اثنين منهم بجميع المال فظاهر لان الكفالة كانت على هذه الصفة ان كل اثنين كفيلان بجميع المال عن الآخر فاى اثنين منهم شاء فهما كفيلان بجميع المال وأما اذا أخذ الواحد منهم ففى ربع المال وهو ثلاثمائة هو أصيل فيطالبه بذلك وفى الباقى وهو تسعمائة هو مع واحد من الآخرين كفيل لان الشرط فى الكفالة كان هكذا وانما يكون هو مطالبا بالكل اذا التزم الكل بالكفالة فاما اذا التزم الكل بالكفالة مع آخر لم يكن هو مطالبا الا بالنصف وذلك أربعمائة وخمسون فاذا ضممت ذلك الى ثلثمائة يكون سبعمائة وخمسين فلهذا يأخذ الواحد بهذا المقدار فاذا أدى أحدهم نصف المال ستمائة ففي هذا النصف هو مؤد عن نفسه فلا يرجع على أحد بشيء منه وفى النصف الآخر وهو ثلثمائة هو مؤد عن شركائه بحكم الكفالة عنهم بأمرهم فان شاء رجع عليهم جميعا وان لقى أحدهم رجع عليه بمائتى درهم لان ثلث هذه الثلثمائة وهو مائة اداها عنه فيرجع هو بها عليه بقي مائتا درهم وهو مع هذا الذى لقيه كفيلان عن الآخرين بهما فيرجع عليه بمائة أخرى ليستويا فى غرم الكفالة عن الآخرين فلهذا رجع عليه بمائتين وان لقيا آخر كان لكل واحد منهما ان يرجع بستة وستين درهما وثلثين اما ليستووا فى غرم المائتين أولان كل واحد منهما مؤد عنه خمسين فيرجع بذلك عليه بقى مائة أخرى هما مع هذا الثالث كفيلان بذلك عن الرابع وقد أديا فيرجعان عليه بثلث ذلك وهو ثلاثة وثلث كل واحد منهما بستة عشر وثلثين فصار حاصل ما يرجع به كل واحد منهما عليه ستة وستين وثلثين فان لقوا الرابع بعد ذلك رجع كل واحد منهم عليه بثلاثة وثلاثين درهما وثلث درهم لانهم أدوا عن الرابع قدر المائة فيرجع كل واحد منهما بثلثها ولو كان أدى

النصف ولقي أحدهم فاخذ منه مائتي درهم ثم لقي صاحب المائتين أحد الباقين فانه يأخذ منه خمسة وسبعين درهما لانه يقول له انما أديت المائة عن نفسي ومائة أخرى عنك وعن الرابع فانما أديت نصفها عنك والنصف الآخر الذي اديته عن الرابع انت معي فيه في الكفالة بذلك على السواء فأرجع عليك بنصف ذلك أيضا فلهذا يأخذ منه خمسة وسبعين فان لقي الاول الثالث أيضا أخذه باثنين وستين درهما ونصف لانه يقول له قد أديت عنك وعن الرابع مائة فارجع عليك بنصف ذلك وذلك خمسون لانى أديتها عنك وأما الخمسون التي أديتها عن الرابع فنصف ذلك قد أخذه منك الثاني وهو خمسة وعشرون فرجوعنا بذلك عليه بقي خمسة وعشرون فارجع عليك بنصف ذلك وهو اثناعشر ونصف لنستوى فى غرم الكفالة عن الرابع فصار حاصل ما يرجع عليه باثنين وستين درهما ونصف درهم فان لقيهما الاوسط رجعا عليه بثمانية وثلث بينهما نصفين ليستووا فى الغرم فى حق الخمسين التي كفلوا بها عن الرابع فان لقوا الآخر بعد ذلك أخذوه بمائة درهم لانهم فى الحاصل كفلاء عنه بالمائة وقد أدوا فيأخذون ذلك منه ويقتسمونه أثلاثا لان حاصل ماغرم كل واحد منهم عنه بعد هذه المراجعات ثلاثة وثلاثون وثلث ولو كان الذي أدى النصف لقي الذي قبض الخمسة والسبعين فانه يأخذ منه نصفها لانا كنا قد التقينا مرة واستوينا فى غرم الكفالة وقد بلغني انه وصل اليه شئ من الثالث فلا بد من ان يعطيني نصف ذلك لنستوى فى الغنم كما استوينا فى الغرم فاذا أخذ منه نصفها ثم لقيا الذي أدى الخمسة والسبعين رجعا عليه بثمانية وخمسين وثلث بينهما نصفان لانا قد بينا أنهما لو لقياه معا رجع كل واحد منهما عليه بستة وستين وثلثين فيكون جملة ما يرجعان به مائة وثلاثة وثلاثين وثلثا والآن قد استوفينا منه مرة خمسة وسبعين فيرجعان بما بقي الى تمام مائة وثلاثة وثلاثين وثلث وذلك ثمانية وخمسون وثلث يأخذان ذلك بينهما نصفين ثم اذا لقوا الرابع اتبعوه بمائة كل واحد منهم بثلاثة وثلاثين وثلث لما بينا ولو كان لرجل على ثلاثة رهط ألف ومائتا درهم وبعضهم كفلاء عن بعض ضامنون لما فأدى أحدهم المال رجع على كل واحد من شريكيه بثلث ما أدى لانه فى مقدار الثلث مؤد عن نفسه وفى الثلثين هو مؤد عن شريكيه بكفالته عنهما بأمرهما فيرجع بذلك عليهما فان لقي أحدهما ورجع عليه بالثلث لادائه ما يحمله عنه وبنصف الثلث الآخر أيضا لانهما يستويان فى الكفالة عن الثالث بهذا الثلث فيرجع عليه بنصفه ليستويا فى غرم الكفالة

فان لقي أحدهم الغائب بعد ذلك وأخذ منه شيئا كان لصاحبه اذا لقيه أن يأخذ منه نصف ذلك بالمعنى الذى قلنا وهو انهما حين التقيا قد استويا فى غرم الكفالة عن الثالث فينبغى ان يستويا فى الغنم أيضا والذي أخذه أحدهما من الثالث غنم بسبب تلك الكفالة فيرجع عليه بنصفه ليستويا فى الغنم أو لتبقى المساواة بينهما فى الغرم كما هو موجب الكفالة واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجل ثم ان آخر كفل بها عن الأصيل أيضا فهو جائز يأخذ الطالب أيهما شاء بجميع المال لان كل واحد منهما التزم جميع المال بالكفالة عن الاصيل بعقد على حدة وذلك صحيح فان أصل الدين باق على الأصيل بعد الكفالة الأولى كما كان قبلها فان أخذ أحد الكفيلين فأداه لم يرجع على الآخر بشيء لانه ما كفل عنه بشيء وانما كفل عن الأصيل بعقد باشره وحده فيكون رجوعه عليه ان كان كفل بأمره ولا يرجع على الكفيل الآخر بشيء وان لم يؤد واحد منهما شيئا حتى قال الكفيلان للطالب كل واحد منا كفيل عن صاحبه ضامن لهذا المال ثم أدى أحدهما المال فله ان يرجع على صاحبه بالنصف لانهما بالعقد الثانى جعلا أنفسهما فى غرم الكفالة سواء فان كل واحد منهما كفيل بالمال عن الاصيل وقد كفل عن صاحبه أيضا بأمر صاحبه فاذا ثبتت المساواة بينهما فى الكفالة فينبغى أن يستويا فى الغرم أيضا وذلك فى أن يرجع على الآخر بنصف ماأدى ثم يرجعان على الأصيل بجميع المال واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه بأمره رجل ثم ان الطالب أخذ الكفيل بها فاعطاه كفيلا آخر بها ثم أداها الآخر الى الطالب لم يرجع بها على الأصيل لانه ماتحمل بها عن الأصيل ولا أمره الاصيل بهذه الكفالة وثبوت حق الرجوع للكفيل عند الاداء بسبب الاصيل بالكفالة فانما يرجع على من أمره به وهو الكفيل الاول ثم الكفيل الأول يرجع على الأصيل لان اداء كفيله بأمره بمنزلة ادائه بنفسه ولانه قد أسقط عن الاصيل مطالبة الطالب بهذا المال بما أداه من مال نفسه الى الكفيل الآخر فكأنه أسقط ذلك بأدائه الى الطالب وان كان كفل عن الذى عليه الأصل رجلان ولم يقل كل واحد منهما كفلت عن صاحبي فان الطالب يطالب كل واحد منهما بالنصف لانهما التزما المال بعقد واحد فيكون كل واحد منهما ملتزما للنصف كالمشتريين أو المقرين لرجل عليهما بالمال وأيهما أدى النصف لم يرجع على صاحبه بشيء لانه ماالتزم عن صاحبه شيئا انما التزم عن الاصيل فيكون رجوعه عليه ان كان كفل عنه بأمره فان لم يؤديا شيئا حتى قالا للطالب

أينا شئت أخذت بهذا المال أو كل واحد منا كفيل ضامن بها فله أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان هذه الزيادة الحقتها بالـكفالة الأولى وقد صحت منهما فصارت كالمذكور فى أصل الـكفالة الاولى أخذ أيهما شاء بجميع المال وان اداه أحدهما رجع على صاحبه بالنصف ليستويا في غرم الـكفالة كما استويا في كفالة كل واحد منهما عن صاحبـه فان لقى الطالب أحدهما فاشترط ذلك عليه مثل ذلك بأمر صاحبه فهو سواء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه وعن الاصيل ولا فرق بين أن يكون كفالة كل واحد منهما عن الاصيل ولو كتب ذكر حق على رجل بألف درهم وفلان وفلان كفيلان بهما وأيهما شاء أخذ بها وأقر المطلوب والـكفيلان بذلك فهو جائز لان اضافتهما الاقرار الى المكتوب فى ذكر الحق بمنزلة تصريحهما بالمـكتوب فان أدى أحد الـكفيلين المال رجع على الذى عليه الاصل بجميع المال ان شاء وان شاء رجع على الـكفيل الآخر بنصفه ثم يرجعان على الاصيل بجميع المال لان اقرار كل واحد منهم بالمكتوب فى الصك بمنزلة أمر الاصيل لهما بالـكفالة عنه وأمر كل واحد منهما لصاحبه بالـكفالة عنه فثبتت المساواة بينهما فى الـكفالة بهـذا الطريق واذا كان لرجل على عشرة رهط ألف درهم وجعل كل أربعة كفلاء عن اربعة بجميع المال فهو جائز لما قلنا وله أن يأخذ أى أربعة شاء بالمال كله لانهم هكذا التزموا بالـكفالة فان أخذوا واحدا منهم رجع بثمانمائة وخمسة وعشرين لانه فى المائة أصيـل وفى الباقى وهو سبعمائة هو مع ثلاثة نفر كفيل عن الباقين فحظه ربع ذلك وذلك مائتان وخمسة وعشرون وان أخذ اثنين أحدهما بستمائة لانهما فى المائتين أصيلان وفى الباقى وهو ثمـانمائة هما مـع آخرين كفيلان عن الباقين فحظهما النصف وهو أربعمائة وان أخذ ثلاثة منهم أخذهم بثمانمائة وخمسة وعشرين أما مقدار ثلثمائة فبحكم الاصالة فان كل واحد منهما أصيل فى مائة والباقى وهو سبعمائة هم مع آخر كفلاء بذلك عن الباقين فعليهم ثلاثة ارباع ذلك وهـو خمسمائة وخمسة وعشرون فان أخذ واحدا منهم فأدى ربع الالف فان مائة منها حصته لانه أصيل فيها والاصيل فيما يؤدى عن نفسه لا يرجع على أحد وفى مائة وخمسين هو مؤد عن أصحابه حصة كل واحد منهم من ذلك التسع فان لقيهم جميعا رجع على كل واحد منهم بقدر ذلك من تسعمائة وخمسين ستة عشر وثلثان وان لقى أحدهم رجع أحدهم بستة عشر وثلثين لانه أدى عنه هذا القدر ويرجع عليه بنصف ما بقى والباقى مائة وثلاثة وثلاثون وثلث نصفه ستة وستون وثلثان يرجع عليه بذلك ليستويا فى غرم الـكفالة

فانهما مستويان فى الكفالة عن الباقين فينبغى أن يستويا فى الغرم بسببه أيضا فاذا أدى ذلك اليه ثم لقي الاخر منهما أحد الباقين أخذه بنصف تسع الخمسين والمائة لانه مع الأول قد أديا عنه التسع فنصفه من ذلك نصف التسع فيرجع عليه أيضا بنصف ثلاثة اتساع ونصف لانه مع هذا الذى لقيه مستويان فى الكفالة فينبغى أن يستويا فى الغرم عن السبعة الباقين وهذا قد أدى عنهم ثلاثة اتساع ونصفا فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا فى غرم الكفالة فان لقي الأول الاوسط بعد ماقبض هذا رجع عليه بنصف ما أخذه كله للمعنى الذي بينا انهما حين التقيا استويا فى غرم الكفالة ثم وصل الى أحدهما بعد ذلك شيء وأخذ الآخر منه نصفه ليستويا فى الغنم أيضا فان لقيا الآخر بعد ذلك وهو الثالث رجعا عليه بتمام ثلاثة اتساع وثلث تسع حصته من ذلك التسع لانهما تحملاه عنه وتسعان وثلث للمساواة فى غرم الكفالة لانهم مع آخر كفلاء عن الباقين فينبغى أن يستويا فى غرم الكفالة (ألا ترى) انهما لو لقيا الثالث معا كان رجوعهما عليه بتمام ثلاثة اتساع وثلث تسع فكذلك اذا أخذ أحدهما منه بعض ذلك ثم لقياه رجعا عليه بذلك واذا كان لرجل على ثلاثة رهط ألف درهم وبعضهم كفلاء عن بعض بها فأدى أحدهم مائة درهم لم يرجع على صاحبه بشيء لانه في قدر ثلث المال أصيل فما يؤديه يكون أصيلا فيه فلا يرجع على أحد بشيء اذا كان المؤدى بقدر الثلث أو دونه وان قال انما أديت هذا عن صاحبي أو عن أحدهما لم يكن له ذلك على وجهين أحدهما ان فيما هو أصيل المال ثابت فى ذمته وفيما هو كفيل هو مطالب بما فى ذمته غيره من المال والمؤدى ماله فيكون ايقاعه من المال الذى عليه ليسقط عنه به أصل المال أولى لان هذا الطريق أقصر فانه اذا جعل المؤدى من غيره احتاج الى الرجوع واذا جعل مؤديا عن نفسه لا يحتاج الي الرجوع علي أحد ولانه ان جعل المؤدى عن صاحبيه كان لهما ان يقولا أداؤه بالكفالة بأمرنا بمنزلة أدائنا ولو أدينا كان لنا أن نجعل المؤدى عنك فلا يزال يدور هكذا فلهذا جعلناه الى تمام الثلث مؤديا عن نفسه وهذا بخلاف ما اذا كاتب عبيدا له على ألف درهم على ان كل واحد منهم كفيل ضامن عن الآخرين ثم أدى أحدهم شيئا لا يكون المؤدى عن نفسه خاصة بل يكون عنهم جميعا لان هناك لو جعلنا المؤدى عن المؤدى خاصة لكان يعتق اذا أدى مقدار نصيبه ببراءة ذمته عما عليه من البدل والمولى ما رضى بعتق واحد منهم الا بعد وصول جميع المال اليه ففى جعله عن نفسه يعتبر شرط مذكور فى العقد نصا وذلك لا يجوز فلهذا جعلنا

المؤدى من نصيبهم ولا يوجد مثل ذلك هنا وهذا أيضا بخلاف ما اذا كان المال على واحد فكفل به ثلاثة على ان بعضهم كفلاء عن بعض ثم أدى أحدهم شيئا كان له ان يرجع على صاحبيه بثلثي ما أدى وان شاء رجع على أحدهما بنصف ماأدى لان هناك أصل المال على غيرهم وهم يلتزمون له بالكفالة فكان حالهم فى ذلك على السواء ولو رجع على شريكيه بثلثي ماأدى لم يؤد ذلك الي الدور لانهما لا يرجعان فى ذلك عليه بشيء من ذلك بخلاف مانحن فيه على ماقدرنا فان أدى زيادة على الثلث كانت الزيادة على صاحبيه نصفين لانه فى الزيادة على الثلث مؤد بحكم الكفالة وهو كفيل عنهما ولو رجع بذلك عليهما لم يكن لهما ان يرجعا عليه بشيء لفراغ ذمته عما عليه بأدائه وان أراد ان يجعل الزيادة عن أحدهما دون صاحبه لم يكن له ذلك لان المال واحد وهو دين فى الذمة لا يتحقق فيه التمييز فتلغو نيته عن أحدهما فان لقى أحدهما أخذه بنصيبه من الزيادة وهو النصف لانه أدى عنه ذلك وبنصف ماأدى عن الآخر أيضا لانه مع هذا الذى لقيه كفيل عن الآخر بما عليه فينبغي ان يستويا فى غرم الكفالة وذلك فى ان يرجع عليه بنصف ما أدى عن الآخر واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه رجلان على ان يأخذ الطالب أيهما شاء فأدى أحدهما مائة فقال هذه من حصة صاحبي الكفيل معي لم يكن على ماقال ولكنها من جميع المال يرجع على صاحبه بنصفها لان بهذا اللفظ يصير كل واحد منهما مطالبا بجميع المال ويصير كل واحد منهما ضامنا للاصيل عن صاحبه فاذا جعل المؤدى ماأدى عن صاحبه كان لصاحبه ان يجعل ذلك عنه فيؤدى الي الدور ولكن الوجه فيه انهما لما استويا فى الغرم وذلك في ان يرجع على صاحبه بنصفها وان شاء على الاصيل بجميعها واذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فلزم أحدهما فاعطاه بها كفيلا ثم أداها الكفيل فله أن يرجع بها على الذى أمره بالكفالة خاصة لان الذى أمره بالكفالة مستقرض لذمته ابتداء بالتزام المطالبة فيها ولما له باداء ما التزم وثبوت حق الرجوع للمقرض على المستقرض لا على غيره والغريم الذي لم يأمره بالكفالة لم يستقرض منه شيئا ففى حقه يجعل كانه لم يأمره أحد بالكفالة فلهذا لا يرجع المؤدى عليه ولكن اذا رجع على الذي أمره بالكفالة فاخذها منه كان للآمر ان يرجع على صاحبه بالنصف لانه صار مؤديا المال بطريق الاستقراض الذى قلنا وقد تم ذلك بأدائه ما استقرض وهو فى النصف كان كفيلا بأمره فيرجع عليه بعد الاداء كما لو كان أدى بنفسه الي الطالب وان كانا طلبا اليه

أن يكفل بها عنهما ففعل ولم يشترط عليه ان بعضهم كفلاء عن بعض فأداها الكفيل عنهما رجع على كل واحد منهما بالنصف لانه لما التزم بالكفالة المال عنهما جملة كان كفيلا عن كل واحد منهما بنصف المال كما هو قصد مطلق الاضافة الى اثنين وعند الأداء انما يرجع كل واحد منهما بما كفل عنه ولان كل واحد منهما فى النصف أصيل وكفالته عنه انما تكون فيما هو أصيل فيه ولو كان فى الشرط حين كفلوا بعضهم كفلاء عن بعض فأدى الآخر الالف فان شاء رجع على كل واحد منهما بنصف ما أدى اذا لقيهما وان شاء رجع على أحدهما اذا لقيه بثلاثة ارباع ما أدى أما النصف فلأنه كفل به عن هذا الذى لقيه وأداه فيرجع به عليه وأما النصف الآخر فلأن المؤدي مع الذى لقيه كفيلان به عن الآخر اذ هو موجب الشرط المذكور فى قوله على ان بعضهم كفلاء عن البعض فينبغى أن يستويا فى الغرم بسبب هذه الكفالة وذلك فى أن يرجع بنصف ذلك ثم اذا لقيا الثالث رجعا عليه بنصف المال لانهما أديا ذلك عنه بكفالة تلزمه فيكون ذلك بينهما نصفين واذا كان لرجل على رجل ألف درهم وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه بها فأخذ الطالب أحدهما فأعطاه كفيلا بالمال كله ثم أخذ الآخر فأعطاه ذلك الكفيل بالمال ثم أدى الكفيل المال فله أن يرجع على أيهما شاء بالالف كلها لان كل واحد منهما كان مطلوبا بجميع المال والكفيل كفيل عن كل واحد منهما بجميع المال بعقد على حدة فعند الاداء كان حق البيان اليه يجعل اداؤه عن أيهما شاء فيرجع عليه بالكل وهو نظير مالو كان لرجل على رجل الف درهم في صك وبه رهن وألف فى صك آخر وبه رهن آخر فأدى ألف درهم كان له أن يجعل ذلك عن أى الصكين شاء فيسترد ذلك الرهن فكذلك اذا أدى الكفيل هنا (ألا ترى) أنه بعد كفالته عنه لو أدى كان له أن يرجع بالكل عليه فلا يتغير ذلك الحكم بالكفالة عن الثانى ولكن يثبت في حق الثانى ما هو ثابت في حق الأول لاستوائهما في المعنى فان لم يؤد شيئا حتى لزمهم الطالب بجعل بعضهم كفلاء عن بعض ثم أداها الكفيل ثم أخذ أحدهما رجع عليه بثلاثة ارباع المال لان هذه الكفالة الاخيرة تنقض ما كان قبلها لان التى كانت قبلها في عقدين مختلفين والكفيل كفيل عن كل واحد منهما بالكل وهذا الثانى عقد واحد وكل واحد منهم فيه كفيل مع صاحبه عن الآخر فاقدامهم على العقد الثانى يكون نقضا منهم لما كان قبله وتمام ذلك العقد كان بهم واليهم نقضه أيضا بمنزلة مالو باعه شيئا بالف درهم ثم جدد بيعا بالفين

ينتقض البيع الأول بالبيع الثاني فاذا ثبت هذا صارت هـذه المسئلة بحالها والمسئلة الاولى سواء لان الكفيل الآخر يرجع على أحدهما بنصف ماأدى لكفالته عنه وبنصف النصف الآخر لانهما مستويان في الـكفالة عن الثالث بهذا النصف واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجلان على ان بعضهم كفيل عن بعض ثم ان الطالب لزم أحد الكفيلين فأعطاه كفيلا بالمال ثم لزم الآخر فاعطاه هذا أيضا كفيلا بالمال ثم أدى الكفيل الآخر فانه يرجع به على أيهما شاء لان الكفالة عن الكفيلين بمنزلة الكفالة عن الاصيلين وهنا كل واحد من الكفيلين مطالب بجميع المال وقد بينا ان هناك لتفرق العقد في كفالته عنهما له أن يرجع على أيهما شاء بجميع المال فهذا مثله وليس له أن يرجع على الاصيل بشيء لانه ما أمره بالكفالة عنه ولا يقال أصل المال على الاصيل حتى لو برئ هو برئ الكفيل الآخر وهذا لان الرجوع عليه عند الاداء ليس باعتبار أن أصل المال عليه بل بأمره اياه بالكفالة فاذا لم يأمره بالكفالة لم يكن له حق الرجوع عليه بشيء ولو لم يؤد شيئا حتى أخذ الطالب الكفلاء فجعل بعضهم كفيلا عن بعض ثم أدى الآخر المال كان له أن يرجع على أحد الكفيلين بثلاثة أرباع المال لما بينا أن هذه الكفالة تنقض الكفالة الاولى فيكون الحكم لهذه فان قيل هذه الكفالة ينبغي لاحدهما أن يكون رجوعه على الآخر بنصف ماأدي لان واحدا من الثلاثة ليس بأصيل بالمال فيكون بمنزلة مالو كفل ثلاثة نفر عن الاصيل على ان بعضهم كفلاء عن بعض قلنا هذا ان لو صار الآخر كفيلا عن الاصيل مع الاولين بمنزلة مالو كفلوا عنه في الابتداء ولم يصر كذلك هنا بل بقي كفيلا عن الاولين وانما انتقض حكم الكفالة الاولى فيما بينهما وبين الكفيل الآخر لانه قبل هذا كان كفيلا عن واحد منهما بجميع المال وحده والآن صار كفيلا عن كل واحد منهما بالنصف وهو مع صاحبه في الكفالة عن الآخر بالنصف سواء فلهذا كان رجوعه عليه بثلاثة أرباع ماأدى ولو لم يؤد حتى لقي الكفلاء الثلاثة والذي عليه الاصل فجعل بعضهم كفلاء عن بعض بالمال ثم أدى الكفيل الآخر المال فانه يرجع على صاحبه بالثلثين وان لقي أحدهما رجع عليه بالنصف لان بهذه الكفالة انتقض ما كان قبلها في حق الكل وقد صار الكفيل الاول والآخر كفيلين عن الاصيل بهذه الكفالة كالاولين فكان هذا بمنزلة مالو كفل عنه ثلاثة في الابتداء على أن بعضهم كفلاء عن بعض فهناك اذا أدى أحدهم رجع على صاحبيه بثلثي ماأدى وان لقي أحدهما رجع عليه بنصف

ماأدى فكذلك هنا وكذلك لو أدى المال أحد الكفيلين الاولين رجع على كل واحد منهما بالثلث وعلى أحدهما ان لقيه بالنصف لان الاولين والآخر فى هذه الكفالة التى هى ثابتة بينهم الآن سواء وانما كان الاختلاف بينهم فى الكفالة المتقدمة وتلك قدانتقضت واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه ثلاثة رهط وبعضهم كفلاء عن بعض بجميع الالف فأدى أحد الكفلاء المال ثم لقى أحدهم فأخذ منه نصف ماأدى ثم ان الاول لقى الذى لم يؤد شيئا وأخذ منه خمسين ومائتين فانهما يؤديان الى الاوسط مائة وستة وستين وثلثين لانهم فى غرم الكفالة سواء فينبغى ان يكون الغرم على كل واحد منهم بقدر ثلث الالف والاوسط قد غرم خمسمائة فيرد عليه مائة وستة وستين وثلثين حتى يبقى عليه غرم ثلث الالف ولم يتبين كيفية ادائهما هذا المقدار وهو الالف وانما يؤديان نصفين كل واحد منهما ثلاثة وثمانين وثلثا لان الآخر قد غرم مائتين وخمسين للاول فيدفع الى الاوسط ثلاثة وثمانين وثلثا حتى يكون الغرم عليه بقدر ثلث الالف والاول قد أوصل اليه سبعمائة وخمسين فيدفع الى الاوسط ثلاثة وثمانين وثلثا حتى يبقى العائد اليه ثلثا ما أدى ويكون الغرم عليه بقدر ثلث الالف فاذا فعلوا ذلك رجعوا جميعا على الاصيل بالالف بينهم أثلاثا واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها رجل ثم ان الكفيل طلب الرجل فضمنها عنه للطالب ثم ان الطالب أخذهم جميعا حتى جعل بعضهم كفلاء عن بعض ثم ان الكفيل الاول أدى المال فانه يرجع على الكفيل الآخر بنصف المال لان الكفالة الاخيرة نقضت الكفالة الأولى فان موجب الكفالة الاولى الاخير كفيل عن الكفيل الأول دون الأصيل وهو فى الكفالة الثانية يصير كفيلا عن الاصيل وعن الكفيل الأول وكذلك موجب الكفالة الاولى ان الكفيل الاول لايكون كفيلا عن الآخر وفى هذه الكفالة الاخيرة الكفيل الاول يصير كفيلا عن الاخير واذا انتقضت الكفالة الاولى كان الحكم للاخيرة وهما فيها مستويان فى الكفالة عن الاصيل فيرجع المؤدى على صاحبه بنصف ماأدى ليستويا فى الغرم بسبب الكفالة ولو كان لرجل على رجلين الف درهم وكل واحد منهما ضامن بذلك ثم اعطاه أحدهما كفيلا بالمال ثم أخذ الآخر فاعطاه أيضا ذلك الكفيل كفيلا بالمال ثم أدى الكفيل الالف رجع بها على أيهما شاء لانه كفل كل واحد منهما بجميع المال بعقد على حدة وان لم يؤد شيئا حتى أخذهم الطالب فجعل بعضهم كفلاء عن بعض بالمال ثم ان الكفيل أدى الالف فانه يرجع على أيهما شاء بثلاثة

ارباع الالف لان هذه الكفالة الاخيرة تنقض الكفالة الاولى وفى هذه الكفالة الاخيرة الكفيل يصير متحملا عن كل واحد منهما نصف المال ويكون هو مع الآخر فى الكفالة عن الثالث بنصف المال سواء فلهذا رجع عند الاداء على أحدهما بثلاثة أرباع الالف فان لقي الآخر بعد ذلك فأخذ منه مائتين وخمسين كان للذى أدى الثلاثة الارباع ان يرجع عليه بنصف ما أخذ من هذا الآخر لانهما قد كانا استويا فى غرم الكفالة مع الآخر فينبغى ان يستويا فى الغنم وهو المأخوذ من الباقى وانما تتحقق المساواة فى ان يؤدي اليه نصف ذلك ولو لم يؤد الكفيل شيئا ولكن أدى أحد الاولين المال فله ان يرجع على الكفيل بمائتين وخمسين لانه فى نصف المال أصيل مؤد عن نفسه فلا يرجع به على أحد وفى النصف الآخر هو مع الكفيل فى الكفالة عن الثالث فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا فى غرم الكفالة فان لقي الاول صاحبه الذي كان معه فى الالف فأخذ منه مائتين وخمسين أخرى رد على الكفيل نصفها ليستويا فى الغنم ثم يتبع هو الكفيل الآخر الاول بمائتين وخمسين اخرى ويقتسمان ذلك نصفين واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجلان أحدهما مكاتب أو عبد فانه يجوز على الحر وحده النصف لانهما لما كفلا جميعا عنه بالمال فقد صار كل واحد منهما كفيلا بالنصف وكفالة المكاتب والعبد غير صحيحة فى حال الرق كما لو تفرد بها فتبقى كفالته فى نصيبه وهو النصف ولا يقال لما لم تتحقق المزاحمة فينبغى ان يجعل الحر كفيلا بجميع المال لانا نقول المزاحمة في أصل الكفالة متحققة فان كفالة العبد والمكاتب صحيحة في حق أنفسهما حتى يطالبان بذلك بعد العتق وانما لا يصح فى حق المولى فلهذا كان على الحر نصف المال وعلى العبد والمكاتب النصف بعد العتق ولو كان اشترط أن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فعتق العبد وأدى المال كله كان له ان يرجع على الحر بالنصف ثم يتبعان الذى عليه الاصل فما أدى الى واحد منهما شركه فيه الآخر لان العبد حين عتق فقد سقط حق المولى والمانع من كفالته قيام حق المولى فى ماليته فاذا سقط ذلك كان هذا بمنزلة الكفالة من حرين عن ثالث بهذه الصفة ولو ان ثلاثة نفر كفلوا عن رجل بألف درهم وبعشرة أكرار حنطة ومائة دينار وبعضهم كفلاء ضامنون فى ذلك فلقى الطالب أحد الكفلاء فأخذ منه خمسمائة درهم ثم لقى آخر فأخذ منه خمسة أكرار حنطة ثم غاب الطالب والمطلوب ولقى الكفيلان المؤديان الكفيل الثالث وأرادا أخذه بما أديا وأراد كل واحد منهما أخذ صاحبه فالذى أدى

خمسمائة يرجع على صاحبيه بثلثيها لانهم فى الكفالة بالالاف مستوون فينبغى ان يستووا فى الغرم بسببها وذلك فى أن يرجع بثلثي ما أدى عن صاحبيه على كل واحد منهما بمائة وستة وستين وثلثين وللذى أدى الطعام ان يرجع على صاحبيه بثلثى الطعام لهذا المعنى أيضا ولا يصير البعض قصاصا لان الجنس مختلف والمقاصة بين الدينين عند اتحاد جنسهما وصفتهما لا عند الاختلاف ولو التقى هذان المؤديان ولم يلقيا الثالث فلكل واحد منهما ان يرجع على صاحبه بنصف ماأدى ليستويا فى الغرم بسبب الكفالة وكذلك لوالتقوا جميعا كان لكل واحد منهما أن يأخذ صاحبه بنصف ما أدى ليستويا فى الغرم ثم يتبعان جميعا الذى لم يؤد شيئا بثلث ما أداه كل واحد منهما فان لقيه أحدهما كان له أن يأخذه بنصف الغرم الذى حصل عليه يوم يلقاه ليستويا فى الغرم بسبب الكفالة فان لقي الثالث أحد هذين رجع عليه بنصف الفضل بثلث ما أدى كل واحد منهما فيرجع أكثرهما أداء على أقلهما اداء بنصف الفضل للحرف الذى قلنا وعليه يدور تخريج هذه المسائل في انهما لما استويا فى الكفالة ينبغى أن يستويا فى الغرم بسببها واذا كفل رجل لرجل عن رجل بمال عليه فأداه الكفيل ثم لقي المكفول عنه فجحد ان يكون أمره بالكفالة أو ان يكون لفلان الطالب عليه شئ فأقام الكفيل البينة ان لفلان على فلان ألف درهم وان فلانا هذا قد أمره فضمنها لفلان وانه قد أداها لفلان الى فلان فان القاضى يقبل ذلك منه ويقضى بالمال على المكفول عنه لانه يدعى لنفسه عليه مالا بسبب وهو لا يتوصل الي اتيان ذلك الا باثبات سبب بينه وبين الغائب وهو أداء المال اليه فينصب الحاضر خصما عن الغائب كمن ادعى عينا فى يد انسان انها له اشتراها مع فلان الغائب وأقام البينة علي ذلك فان القاضى يقضى ببينته علي ذلك بهذا الطريق حتى اذا حضر الغائب فجحد ان يكون باعه لم يكلف المدعى اعادة البينة عليه فكذلك هنا اذا حضر المكفول له وجحد أن يكون قبض شيئا من الكفيل لم يكلف الكفيل اعادة البينة وكان الحكم عليه بوصول حقه اليه ماضيا وهذا لان الاسباب مطلوبة لا حكامها فمن يكون خصما فى اثبات الحكم عليه يكون خصما فى اثبات سبب الحكم عليه أيضا ورجوع الكفيل على الاصيل لا يكون الا بأمره اياه بالكفالة وأدائه الى الطالب بعد الكفالة فما يكون المكفول عنه خصما للكفيل فى اثبات الامر عليه يكون خصما فى اثبات الاداء الى الطالب عليه والقضاء بالبينة على الحاضر يكون نافذا عليه وعلى الغائب جميعا وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما

الله أن الرجل اذا غاب عن امرأته فأتاها رجل وأخبرها ان زوجها قد أبانها ووكله ان يزوجها منه ويضمن المهر ففعلت ذلك ثم رجع الزوج وأنكر ان يكون طلقها وأن يكون أمر هذا الرجل بشيء فالقول قوله وليس للمرأة على الكفيل شيء في قول أبي يوسف رحمه الله لان الطلاق لما لم يثبت كان العقد الثاني باطلا والكفالة المثبتة عليه كذلك بمنزلة أحد الوارثين واذا أقر لمعروف نسب انه أخوه لم يشاركه في الميراث وعلي قول زفر رحمه الله ترجع هي على الكفيل بالمال لان الكفيل مقر بصحة العقد الثاني ووجوب المال عليه بسبب الكفالة واقراره حجة في حقه فلو أقام الكفيل البينة علي الزوج بما أدى من الطلاق وتوكيله اياه بالعقد الثاني والكفالة قبلت بينته بذلك وكان لها ان ترجع بالمال على الكفيل ثم يرجع الكفيل على الزوج وان شاءت رجعت علي الزوج للمعنى الذي قلنا ان الكفيل لا يتمكن من الرجوع علي الزوج الا باثبات هذه الاشياء عليه فصار خصما في ذلك كله والله أعلم وأحكم

باب الكفالة علي ان المكفول عنه برىء

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل علي رجل مال فضمنه له على ابراء الذي عليه الاصل فهو جائز والكفيل ضامن للمال ولا يأخذ الطالب المكفول عنه بشيء لانهما أتيا بمعنى الحوالة وان لم يصرحا بلفظها والالفاظ قوالب المعاني والمقصود هو المعنى دون اللفظ كان العقد الذي جرى بينهما حوالة لتصريحهما بموجب الحوالة كمن يقول لغيره ملكتك هذا الشيء بألف درهم فيكون بيعا وان لم يصرح بلفظ البيع والكفالة والحوالة يتقاربان من حيث ان كل واحد منهما إقراض للذمة والتزام علي قصد التوثق فكما أنه لو شرط في الحوالة أن يطالب بالمال أيهما شاء كانت الكفالة فاذا شرط في الكفالة ان يكون الاصيل بريئا كانت الحوالة وقوله ضمنت والى وعلي بمنزلة قوله كفلت اذا شرط براءة الاصيل في ذلك كله كانت حوالة بناء على أصلنا أن الحوالة توجب براءة المحيل وقد بينا هذه المسئلة ولو توى المال علي المحتال عليه عاد حق الطالب الى المحيل والتوى أسباب فمن ذلك ان يجحد المحتال عليه ويحلف على ذلك وليس للطالب بينة لانه يتعذر علي الطالب الوصول الى حقه من جهة المحتال عليه على التأبيد وهذا أبلغ أسباب التوى كالدرة الواقعة في البحر والعبد الآبق ونحو ذلك ومن ذلك ان يموت المحتال عليه مفلسا فيتحقق به التوى عندنا وعلي قول الشافعي رحمه الله لا يعود المال الى ذمة

المحيل وعلي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقول بان الحوالة تبرئ المحيـل براءة مطلقة فلا يعود المال اليـه بحال كما لو برئ بالابراء (وبيان الوصف) انه لا يطالب بالمال ولا بشئ يشبهه وهذا موجب البراءة المطلقة وتقريره من وجهين (أحدهما) ان الحوالة ليست بمعاوضة لان معاوضة الذمة بالذمة والدين بالدين باطلة فاذا لم يكن ماوجب فى ذمة المحتال عليه عوضا عما فى ذمة المحيل لم يكن تعذر الوصول اليه مبنيا على حق الرجوع له علي المحيل بل بالحوالة يصير كالقابض من المحيل والمقرض من المحتال عليه لانه لا يتحقق اسقاط المال على المحيل وايجابه علي المحتال عليـه معاوضة الا بهذا الطريق أو يجعل مافى ذمة المحتال عليه كأنه عين ماكان فى ذمة المحيل تحول من ذلك المحل الى هـذا المحل حكما هو قضية لفظة الحوالة وفوات الشئ من المحـل الذى تحول اليه لا يكون سببا لعوده الى المحل الاول بل فواته عن المحل الذى تحول اليه كفواته فى المحل الاول وذلك يكون على الطالب لا غير وعند الحوالة المحتال له بالخيار بين ان يقبل فيثبت حقه في ذمة المحتال عليه وبين ان يأبى فيكون حقه فى ذمة المحيل والمخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما يتعين ذلك عليه وهو لا يعود الى المحل الاول بعد ذلك قط كالغاصب الاول مع الثانى اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما ثم توى عليه لم يرجع على الآخر بشئ والمولي اذا عتق عبده المديون واختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى ذلك عليـه لم يرجعوا علي المولي بشئ من الضمان * وحجتنا في ذلك حديث عثمان رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا فى المحتال عليه يموت مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل لا توى على مال امرئ مسلم والمعنى فيه ان هذه براءة بالنقل فاذا لم يسلم له حقه من المحيل الذى انتقل اليه يعود حقه الى المحل الذى انتقل حقه عنه كما لو اشترى بالدين شيئا أو صالح من الدين على عين (وبيان الوصف) ان حق الطالب كان فى ذمة المحيل فنقله الى ذمة المحتال عليه بالحق الذى له كما له أن ينقله الى العـين بالشراء ثم هناك اذا هلـكت العين قبل القبض عاد حقه فى الدين كما كان فكذلك هنا وكما أن ذلك السبب محتمل الفسخ فهذا السبب محتمل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت (وتقريره) ان مافى ذمة المحتال عليه ليس بعوض كما كان فى ذمة المحيل كما قاله الخصم ولا هو واجب بطريق الاقراض كما زعم هو لان القبض يكون بالمال لا بالذمة والحوالة التزام فى الذمة فلا يمكن ان يجعل به قابضا ولانه يثبت فى ذمة المحتال عليه على الوجه الذى كان فى ذمة المحيل حتى لو كان بدل صرف أو سلم لا يجوز الاستبدال

به مع المحتال عليه كما لا يجوز مع المحيل ويبطل عقد الصرف والسلم بافتراق المتعاقدين قبل القبض من المحتال عليه ولو صار بالحوالة قابضا ثم مقرضا لا تثبت فيه هذه الاحكام ولا يمكن أن يجعل كأن عين ذلك المال تحولت من ذمة الى ذمة لان الشئ انما يقدر حكما اذا تصور حقيقة وليس فى الذمة شئ يحتمل التحول فلم يبق الطريق فيه الا جعل الذمة الثانية خلفا عن الذمة الاولى فى ثبوت الحق فيها كما فى حوالة الفراش المكان الثانى يكون خلفا عن المكان الاول ويكون الثابت فى المكان الثانى عين ماكان في المكان الاول فاذا كان الطريق هذا فنقول انما رضى الطالب بهذه الخلافة على قصد التوثق لحقه فيكون رضاه بشرط أن يسلم له فى ماله فى الذمة الثانية فاذا لم يسلم فقد انعدم رضاه فيعود المال الى المحل الاول كما كان بمنزلة مالو اشترى به عينا الا ان هناك المحل الذى هو خلف فى يد الغريم فكان مطالبا بتسليمه وهنا المحل الذى هو حق ليس فى يد الغريم فلم يكن هو مطالبا بشئ ولكنه ليس فى يد الطالب أيضا فلم يصر قابضا لحقه ولا يدخل فى ضمانه فلا يكون الثواء عليه وبه فارق الغاصب الاول مع الثانى والمولى مع العبد فان احدى الذمتين هناك ليست بخلف عن الأخرى ولكن صاحب الحق كان مخيرا ابتداء والمخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه وعلى هذا الاصل قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا فلسه الحاكم عاد الدين الى ذمة المحيل لان رضاه بالخلافة كان بشرط السلامة فاذا لم يسلم عاد الحق الى المحل الاول ولا معتبر ببقاء المحل الثانى حقيقة كالعبد المشترى بالدين اذا أبق واختار الطالب فسخ العقد عاد حقه كما كان *توضيحه أن الذمة تتعيب بالافلاس أما عندهما حكما فمن حيث ان التفليس والحجر يتحقق من حيث العادة وهذا ظاهر فان الناس يعدون الذمة المفلسة معيبة حتى يعدون الحق فيها ثاويا وكما أن فوات المحل موجب انفساخ السبب فتعيبه مثبت حق الفسخ كما اذا تعيب المشترى بالدين قبل القبض والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من أحيل على ملئ فليتبع فقد قيد الامر بالاتباع بشرط ملاء المحتال عليه فلا يكون مأمورا بالاتباع بدون هذا الشرط وأبو حنيفة رحمه الله يقول الافلاس لا يتحقق لان المال غاد ورائح فقد يصبح الرجل فقيرا ويمسى غنيا ثم عود المال الى المحيل التوى لا يتعذر به الاستيفاء (ألا ترى) انه لو تعذر استيفاؤه من المحتال عليه لعيبه لم يرجع على المحيل بشئ ولا تصور للتوى فى الدين حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من أن يكون صالحا للالتزام وبعد الافلاس الذمة فى صلاحيتها للالتزام

كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى ولا العيب بهذا السبب بخلاف ما لو كان بعد الموت مفلسا لان الذمة خرجت من أن تكون محلا صالحا للالتزام فيثبت التوى بهذا الطريق حكما وأما اذا مات المحتال عليه فقال الطالب لم يترك شيئا وقال المطلوب قد ترك وفاء فالقول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولانه بالحوالة لم يدخل في ملك المحتال عليه ولو كان وهو حي يزعم انه مفلس فالقول قوله فكذلك بعد موته اذا زعم الطالب انه مفلس فالقول قوله مع يمينه على علمه*توضيحه ان ذمته بالموت خرجت من أن تكون محلا صالحا للالتزام وبه يتحقق التوى الا أن يكون هناك مال يخلف الذمة في ثبوت حق الطالب فيه فالمطلوب يدعي هذا الخلف والطالب منكر لذلك فجعلنا القول قوله لهذا ولو كفل بالمال من غير شرط البراءة ثم ان الطالب ابرأ الذي عليه الأصل من المال بعد الكفالة برئا جميعا لان ابراء الكفيل اسقاط لاصل الدين وذلك موجب لبراءة الكفيل ضرورة فكما ان الكفالة لاتصح الا باعتبار مال واجب في ذمة الأصيل فكذلك لا تبقى بعد سقوط المال عن ذمة الاصيل بالابراء وهذا بخلاف مالو كانت الكفالة بشرط الاصل لان ذلك صار عبارة عن الحوالة واللفظ اذا جعل عبارة عن غيره مجازا سقط اعتبار حقيقته في نفسه*توضيح الفرق ان الكفالة بشرط براءة الاصيل لاتكون اسقاطا لان أصل الدين يكون تحويلا الى ذمة الكفيل بالطريق الذي قلنا فأما ابراء الاصيل بعد الكفالة فيكون اسقاطا لاصل الدين والمطالبة تبنى على وجوب أصل الدين فكما لا يبقى على الاصيل مطالبة بعد الاسقاط فكذلك على الكفيل والدليل على الفرق ماأشار اليه وهو ان الصبي التاجر اذا كان له على رجل مال فضمنه له آخر على ان ابرأ الاول أو كان عليه مال لرجل فضمنه لآخر بأمر صاحبه على ان ابرأ المكفول له فهو جائز ولو كان هذا اسقاطا لاصل الحق عن الاصيل ماملك الصبي التاجر فيما له على غيره كابراء الاصيل بعد الكفالة ولو كان هذا من المحتال عليه التزاما للمال في ذمته ابتداء ماملكه الصبي التاجر فيما عليه وبهذا الفصل يتبين الفرق وكذلك في الصرف ورأس مال السلم الحوالة تصح والكفالة بشرط براءة الاصيل تصح ولا يبطل به عقد السلم بخلاف مااذا ابرأ الاصيل بعد الكفالة فقبله الاصيل حيث يبطل به عقد السلم ولو قال لرجل آخر ماأقر لك به فلان من شيء فهو علي فقامت عليه بينة انه أقر بعد الكفالة بألف درهم لزم الكفيل الالف لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وان شهدوا انه أقر بذلك قبل

الكفالة لم يلزم الكفيل شئ لان هذا اللفظ وان كان في صورة الماضي فالمراد به المستقبل عادة فلا يصير به ملتزما لما سبق الاقرار به على العقد وانما يكون ملتزما لما يقر به بعد العقد بمنزلة قوله مايقر لك كما ان قوله ما ذاب لك فى معنى ما يذوب فهذا قياسه والله أعلم

باب ضمان مايبايع به الرجل

(قال رحمه الله) واذا قال الرجل لرجل بايع فلانا فما بايعته به من شئ فهو على فهو جائز على ماقال لانه أضاف الكفالة الى سبب وجوب المال على الاصيل وقد بينا ان ذلك صحيح والجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لكونها مبنية على التوسع ولان جهالة عينها لا تبطل شيئا من العقود وانما الجهالة المفضية الى المنازعة هى التى تؤثر فى العقود وهذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة لان توجه المطالبة على الكفيل بعد المبايعة وعند ذلك مابايعه به معلوم ويستوى أن وقت لذلك وقتا أو لم يوقت الا أن في الموقت يراعي وجود المبايعة فى ذلك الوقت حتى اذا قال مابايعته به اليوم فباعه غدا لا يجب على الكفيل شئ من ذلك لان هذا التقييد مفيد فى حق الكفيل ولكن اذا كرر مبايعته فى اليوم فذلك كله على الكفيل لان حرف ما يوجب العموم واذا لم يوقت فذلك على جميع العمر واذا بايعته مرة بعد مرة فذلك كله على الكفيل ولا يخرج نفسه من الكفالة لوجود الحرف الموجب للتعميم فى كلامه ويستوى ان بايعه بالنقود أو بغير النقود لانه قال مابايعته به من شئ وهو يجمع كل ذلك فان قال الطالب بعته شيئا بألف درهم وقبضه منى فأقر به المطلوب وجحد الكفيل ففى القياس لا يؤخذ الكفيل بشئ حتى تقوم البينة على أنه بايعه بعد الكفالة وقد روى أسد بن عمرو عن أبى حنيفة رحمه الله انه أخذ بالقياس ووجه ذلك أن وجوب المال على الكفيل ناشئ عن مبايعته بعد الكفالة وذلك لا يظهر فى حقه باقرار المطلوب لان قوله حجة عليه لا على الكفيل ولو أنكرا جميعا يعنى المطلوب والكفيل لم يكن على كل واحد منهما شئ فاذا أقر به المطلوب لزمه دون الكفيل لان الثبوت بحسب الحجة فاذا قامت البينة ثبت فى حقهما لان البينة حجة عليهما ولكن استحسن فقال الكفيل ضامن للمال لان المطلوب مع الطالب تصادقا على المبايعة فى حال يملكان انشاءها فانهما لو أنشآ المبايعة لزم ذلك الكفيل ومن أقر بما لا يملك انشاءه يكون مقبول الاقرار فى حق الغير لانتفاء التهمة بمنزلة التوكيل قبل العزل اذا أقر بالبيع والمطلق قبل انقضاء

العدة اذا أقر بالرجعة * توضيحه انهما ان كانا صادقين فيما أقرا به من المبايعة فقد تحقق السبب في حق الكفيل وان كانا كاذبين فتصادقهما بمنزلة انشاء المبايعة فيلزم الكفيل أيضا (ألا ترى) انه لو كان قال مالزمه لك من شيء فانا ضامن به لزمه ماأقر به المكفول عنه بهذا الطريق وعلى هذا لو قال بعه ما بينك وبين ألف درهم وما بعته من شيء فهو علي الى ألف درهم فباعه متاعا بخمسمائة ثم باعه حنطة بخمسمائة لزم الكفيل المالان جميعا وان باعه متاعا آخر بعد ذلك لم يلزم الكفيل من ذلك شيء لانه قيد الكفالة بمقدار الألف فلا تلزمه الزيادة على ذلك ولو قال اذا بعته شيئا فهو علي فباعه متاعا بألف درهم ثم باعه بعد ذلك خادما بألف درهم لزم الكفيل الأول دون الثاني لان كلمة اذا لا تقتضي العموم ولا التكرار وانما تتناول المبايعة مرة فبوجود ذلك تنتهي الكفالة بخلاف ما لو قال كلما بايعته بيعا فانا ضامن بثمنه لان كلمة كلما تقتضي التكرار فيصير هو بهذا اللفظ ملتزما يجب بمبايعته مرة بعد مرة ولو قال بعه ولم يزد على هذا فباعه لم يلزم الآمر شيء لانه مشير عليه وليس بضامن وكذلك لو قال أقرضه ولو قال متى بعته بيعا فانا ضامن لثمنه أوان بعته بيعا فباعه متاعا في صفقتين كل صفقة بخمسمائة ضمن الكفيل الاول منهما لما بينا انه ليس في لفظه ما يقتضي التكرار لان كلمة ان للشرط وكلمة متى للوقت بمنزلة كلمة اذا ولو قال ما بايعته من زطي فهو علي فباعه ثوبا يهوديا أو حنطة لم يلزم الكفيل من ذلك شيء لانه قيد الكفالة بمبايعته من الزطي خاصة فلا يتناول غيرها وكذلك لو قال ماأقرضته فهو علي فباعه متاعا أو قال ما بايعته فهو علي فأقرضه شيئا لم يلزم الكفيل من ذلك شيء لانه قيد الكفالة بسبب فلا تتناول شيئا آخر والمبايعة غير الاقراض (ألا ترى) ان المبايعة تصح ممن لا يصح منه الاقراض كالاب والوصي ولو قال ما داينته اليوم من شيء فهو علي لزمه القرض وثمن المبيع لان اسم المداينة يتناول الكل فانه عبارة عن سبب وجوب الدين (ألا ترى) ان الآمر بالكتابة والشهود جاء به اسم المداينة وعلم الكل فلو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل ان يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء لان لزوم الكفالة بعد وجوب المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل فاما قبل ذلك فهو غير مطلوب بشيء ولا ملتزم في ذمته شيئا فيصح رجوعه * توضيحه ان بعد المبايعة انما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للغرر عن الطالب لانه يقول انما عقدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة ولو قال ما بايعته اليوم من شيء فهو

لك على ثم جحد الكفيل والمكفول له المبايعة وأقام الطالب البينة على أحدهما انه قد باع المكفول له ذلك اليوم متاعا بالف درهم لزمهما جميعا ذلك المال أيهما كان حضر لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة والمال الذى يطالبان به واحد فينصب الحاضر منهما خصما فيكون حضور أحدهما كحضورهما فلا يكلف إعادة البينة عند حضور الآخر اذا كان القاضى هو الاول لانه عالم بسبب وجوب المال على الذى حضر اذ هو باشر القضاء به على الاول وعلمه يغنى الطالب عن اعادة البينة ولو قال من بايع فلانا اليوم ببيع فهو على فباعه غير واحد لم يلزم الكفيل شيء لان المكفول له مجهول وجهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة كجهالة المقر له فانه لو قال لواحد من الناس على شيء كان اقراره باطلا ولو قال لقوم خاصة ما بايعتموه أنتم وغيركم فهو على كان عليه ما يبيع به أولئك القوم ولا يلزمه ما بايع غيرهم لان في حقهم المكفول له معلوم فصحت الكفالة وفى حق غيرهم هو مجهول فلا تصح الكفالة ولكن ضم المجهول الى المعلوم لا يمنع صحة الكفالة فى حق المعلوم لان ما يلتزمه لواحد بالكفالة منفصل عما يلتزمه للآخر ولو اذن لعبده فى التجارة وقال لرجل ما بايعت به عبدى من شيء أبدا فهو على أو لم يقل أبدا فهو سواء ولزمه كل بيع بايعه به لان التزام المولى من عبده بحكم الكفالة صحيح كما يصح من الحر وقد بيناه فيما سبق وكذلك لو قال كل ما بايعته أو الذى بايعته بخلاف مالو قال اذا بايعته أو ان بايعته فهذا على الاول خاصة وقد بينا الفرق بينهما فى الحر فكذلك فى العبد ولو قال ما بايعت فلانا من شيء فهو على فأسلم اليه دراهم فى طعام أو باعه شعيرا بزيت فذلك كله على الكفيل لانه قد باعه فان السلم نوع بيع ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا وكله بثوب يبيعه فأسلمه فى طعام جاز على الموكل وعندهما لا يجوز لان السلم غير البيع بل ان مطلق التوكيل بالبيع ينصرف الى البيع بالنقود والله أعلم بالصواب

باب الحوالة

(قال رحمه الله) ذكر عن شريح رحمه الله انه قال فى الحوالة اذا أفلس فلا توى على مال امرئ مسلم يريد به ان مال الطالب يعود فدليلهما ان بمجرد الافلاس تبطل الحوالة قال وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا كان لرجل على رجل ألف درهم فاحاله بها فقد برئ الاول منهما وقد بينا اختلاف العلماء رحمهم الله فيه ووجه الفرق بين الكفالة والحوالة (فى الكتاب)

أشار الى حروف فلك لا تكتب ذكر - ق فلان بن فلان ان له على فلان ألف درهم وقد أحاله بها على فلان فان هـذا لا يحسن فى الكتاب ولا فى الكلام وكيف يكون عليـه وقد حولها عنه الى غيره ويحسن فى الضمان ان يقول لفلان على فلان ألف درهم وقد ضمنها عنه فلان (ثم وجوه التوى) قد بيناها فيما سبق (والجواب) بين الاجانب والاقارب فى جميع أصناف الديون من التجارات والمهر والجنايات وغير ذلك جائز لانه تحويل الحق من الذمة الاولى الى الذمة الثانيـة فيستدعى وجوب الحق فى الذمة الاولى ليصح التحـويل ولو ان المحتال عليـه أحاله بالمال على غيره كان جائزا لانه لما تحول المال اليه بالحوالة التحق بما كان واجبا عليـه فى الاصل وكما يصح التحويل من الذمـة الاولى الى ذمته يصح التحويل من ذمته الى ذمة أخرى بالحوالة وليس للمحتال عليه أن يأخذ الاصيل بالمال قبل ان يؤديه ولكن يعامله بحسب مايعامل به من الملازمة والحبس كما بيناه فى فصل الكفيل (وفى هذا نوع اشكال) فان فى الكفالة مطالبة الطالب على الاصيل باقية فلا تتوجه عليه مطالبة الكفيل مالم يؤد وبعد الحوالة لا تبقى مطالبة المال على الاصيل فينبغى ان تتوجه عليه مطالبة المحتال عليه كالوكيل بالشراء يطالب الموكل قبل أن يؤدى ولكنا نقول ما سقطت مطالبة الطالب عن المحيل على الثبات بل يؤخر ذلك على المحتال عليـه مفلسا فكان من هذا الوجه بمعنى التأجيل أو لما كانت المطالبة بعرض ان يتوجه عليه جعل كالمتوجه فى الحال بمعنى الكفالة من هذا الوجه بخلاف الوكيل فانه ليس للبائع على الموكل مطالبة بالثمن لا فى الحال ولا فى ثانى الحال بل مطالبته مقصورة على الوكيل فكان للوكيل ان يرجع على الموكل ولو قضى المحيل المحتال عليه المال قبل ان يؤديه فعمل به وربح كان ربحه له لانه بنفس الحوالة قد استوجب المحتال عليـه على المحيل ولكنه مؤجل لادائه ومن استعجل الدين المؤجل وتصرف فيه وربح كان الربح له لانه استربح على ملك صحيح ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فاحاله بها على آخر فقضاها اياه المحتال عليـه فلما أراد الرجوع على الاصيل قال الاصيل كانت لى عليك وقال المحتال عليه ما كان لك على شئ فانه يقضى للمحتال عليه على الاصيل بالمال لان السبب الموجب للمال له على الاصيل ظاهر وهو قبوله الحوالة بأمره وادائه والمحيل يدعى لنفسه دينا على المحتال عليه ليجعل ما عليه قصاصا بذلك الدين ولم يظهر سبب مايدعيه والمحتال عليه لذلك منكر فالقول قوله وليس فى قبول الحوالة عنـه اقرار بوجوب المال للمحيل عليه

فان الحوالة قد تكون مقيدة بما للمحيل على المحتال عليه وقد تكون مطلقة بل حقيقة الحوالة هي المطلقة فاما المقيدة من وجه فتوكيل بالاداء والقبض عرفنا أنه لم يوجد منه دلالة الاقرار بوجوب المال للمحيل عليه وكان القول قوله فى الانكار ولو كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأحاله أحدهما علي رجل بألف درهم على أن ابرأه فللطالب أن يأخذ المحتال عليه بالالف لانه التزمه بالحوالة والمحيل كان أصيلا فى النصف الاول كفيلا فى النصف الثانى والحوالة بكل واحد منهما صحيحة وان شاء أخذ الذى لم يحله بخمسمائة لان المحيل فى هذه الخمسمائة كان كفيلا وقد برئ بالحوالة من غير أداء وقد بينا أن براءة الكفيل لاتوجب براءة الاصيل فان اداها المحتال عليه رجع بها علي المحيل دون صاحبه لانه هو الذى أمره بقبول الحوالة ورجوعه بذلك فان أداها المحيل رجع بنصفها على صاحبه لانه كان كفيلا عنه وأداء المحتال عليه بأمره كأدائه أداؤه بنفسه والى المحتال عليه كأدائه الى الطالب له ولو أدى الى الطالب رجع بنفسها على صاحبه فكذلك هنا ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فاحاله بها على رجلين فله أن يأخذ كل واحد منهما بنصفها لانهما اضافا الحوالة فى جميع ذلك المال اليهما اضافة علي السواء فيقسم عليهما انقساما على السواء وقد بينا فى الكفالة نظيره فان اشترط ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أخذ بالالف أيهما شاء لان كل واحد منهما التزم بجميع المال هنا فى النصف عن الاصيل وفى النصف الآخر عن صاحبه بالكفالة فاذا أداها رجع على صاحبه بالنصف ليستويا فى الغرم الثابت بسبب هذه الحوالة كما استويا فى أصل الالتزام ولو كان لرجل علي مكاتب مال فأحاله المكاتب به على رجل عليه مال فهو جائز لان هذا أمر من المكاتب به على رجل له عليه مال فهو جائز لان هذا أمر من المكاتب للطالب فى أن يقبض ماله من غريمه له أولا ثم لنفسه وأمر للغريم بأن يؤدى ماعليه الى الطالب وذلك صحيح من المكاتب وهذا التكلف غير محتاج اليه فى هذا الفصل فان المكاتب لو أحال الطالب حوالة مطلقة يجوز فكذلك الحوالة من المكاتب المقيدة وانما يحتاج اليه فى الفصل الثانى وهو ما اذا كان المكاتب هو المحتال عليه لان قبول الحوالة من المكاتب مطلقا لايجوز بمنزلة الكفالة ولكن يجوز مقيدا بالمال الذى عليه لانه لافرق فى حقه بين أن يؤدى ذلك المال الى المحيل أو الى المحتال والعبد التاجر والصبي التاجر فى هذا كالمكاتب وكذلك لو كان المال علي رجلين كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فاحالاه على

واحد جازت الحوالة منهما كما تجوز من الواحد اذا كان مطلوبا بالمال وكذلك الوصي يحتال بدين اليتيم على رجل أملأ من غريمه الاول فاحتال بذلك فهو جائز لان في هذا قربان ماله بالاحسن فان حياة الدين بملاءة ذمة من عليه وفي قبول الحوالة على من هو أملأ إظهار للزيادة في حقه وتيسر الوصول الى ماله وكان ذلك منهما نظرا من حقه والله أعلم

باب الامر بنقد المال

(قال رحمه الله) واذا أمر رجل رجلا بأن ينقد عنه فلانا الف درهم فنقدها رجع بها على الآمر لان هذا من الآمر استقراض من المأمور وانه لا يتحقق نقده عنه الا بعد أن يكون المنقود ملكا له ولا يصير ملكا له بالاستقراض منه فكأنه استقرض منه الالف ووكل صاحب دينه بأن يقبض له ذلك أولا ثم لنفسه ولانه أمره أن يملكه ما في ذمته بمال يؤديه من عنده فكان بمنزلة مالو أمره أن يملكه عين الغير في يده بأن يشتريها له فيؤدي الثمن من عنده وهناك يثبت للمأمور حق الرجوع على الآمر بما يؤدي فكذلك هنا وكذلك لو قال انقد فلانا ألف درهم له على أو قال اقضه عني كذا أو قال اقضه ماله على أو ادفع اليه الذي له على أو ادفع عني كذا أو اعطه عني ألف درهم أو أوفه ماله على فهذا كله باب واحد وكله اقرار من الآمر أن المال عليه لفلان اما لقوله عني أو لقوله اقضه عني فان القضاء لا يكون الا بعد الوجوب أو لقوله على أو لقوله أوفه عني فان الايفاء يكون بعد الوجوب ولو قال انقده عني ألف درهم على انى ضامن لها أو على انى كفيل بها أو على انها لك على أو الى أو قبلي فهو سواء واذا نقدها اياه رجع بها على الآمر لانه صرح بالتزام ضمان المنقود له أو أتى بلفظ يدل عليه ويستوي ان نقده الدراهم أو نقده بها مائه درهم أو باعه بها جارية أو غير ذلك لان بالبيع يجب الثمن للبائع على المشتري ولم يصر قابضا الدراهم التي وجبت له عليه كما أمر به فكان هذا وما لو دفع اليه دراهم في الحكم سواء (ألا ترى) ان الطالب يصير مستوفيا حقه بهذه الطريق اذا حلف ليستوفين ماله عليك قبل أن يفارقك واذا قال الرجل للرجل ادفع الى فلان الف درهم قضاء ولم يقل عني أو قال اقض فلانا الف درهم ولم يقل على أنها لك على فدفعها المأمور فان كان خليطا للآمر رجع بها عليه لان الخلطة القائمة بينهما دليل ظاهر على أن أمره بالقضاء عنه بمنزلة التصريح بهذا اللفظ وهذا لان كل واحد من الخليطين ينوب عن

صاحبه في قضاء ما عليه وان أداه بناء على الخلطة السابقة وتلك الخلطة تثبت له حق الرجوع بما يؤدي بأمره كما يثبت له حق الرجوع عليه بما يؤدي اليه وان لم يكن خليطا له لم يرجع بها عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الأول رحمه الله وانما رجوعه على المدفوع اليه وقول أبي يوسف الآخر رحمه الله يرجع على الآمر خليطا كان أو غير خليط لوجهين (أحدهما) ان أمره بالدفع الى غيره بمنزلة أمره بالدفع اليه ولو قال ادفعه الى كان له أن يرجع عليه فكذلك اذا أمره بالدفع الى غيره ولان فعله في الدفع يترتب على أمره في الفصلين واذا اعتمد في الاداء أمره فلو لم يرجع صار مغررا من جهته والغرر مدفوع كما في الخليطين (الثاني) انه قال ادفعها اليه قضاء والقضاء ينبني على الوجوب ولم يكن على المأمور شئ واجب للمدفوع اليه ولا يعتبر أمر الآمر بذلك بل أمره انما يعتبر في قضاء ما هو واجب على الآمر وكان اقرارا بوجوب المال عليه من هذا الوجه وهذا وقوله اقض عني سواء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا ان قوله اقض أو ادفعه اليه قضاء كلام محتمل يجوز ان يكون المراد اقضه ماله عليك فيكون هذا منه أمرا بالمعروف ويجوز أن يكون المراد اقضه ماله على والمحتمل لا يكون حجة ولا يثبت به المال على الآمر للمدفوع اليه واذا لم يثبت المال عليه لا يكون هذا منه استقراضا ولا أمرا بان يملكه ما في ذمته وطريق الرجوع عليه هذا بخلاف ما لو قال قضاء عني اذا كان قضاء لما له علي لان الاحتمال قد زال هناك بما صرح به من الاضافة الى نفسه ولا يجوز أن يعتبر أمره بالدفع الى غيره بالدفع الى نفسه لان قوله ادفعه الى لا يثبت له حق الرجوع عليه بهذا الأمر بل يقضه المال منه وهذا المعنى يوجب أن يكون رجوعه هنا الى المدفوع اليه لانه هو القابض للمال منه دون الآمر ولو كان أمر بذلك ولده أو أخاه وهو ليس في عياله فهذا وأمره للاجنبي بذلك سواء الا أن يكون أمره بذلك بعض من في عياله فيكون ذلك بمنزلة مالو أمر خليطا له بذلك استحسانا لان الانسان يقضي ماعليه بيد من في عياله ويد هؤلاء بمنزلة يده ولو دفع بنفسه قضاء كان ذلك قضاء لما هو واجب فكذلك اذا أمر بعض من في عياله حتى أدى وكذلك الزوجة اذا أمرت بذلك زوجها فان ما بينهما من الزوجية بمنزلة الخلطة أو أقوى منه وكذلك لو أمر به أجيرا له وانما أراد به التلميذ الخاص الذي استأجره مسانهة أو مشاهرة فانه بمنزلة من في عياله وكذلك لو أمر به شريكا له لان قيام الشركة بينهما بمنزلة الخلطة أو أقوى منها وهذا كله استحسان وحمل

لمطلق الكلام على ماهو معتاد بين الناس ولو قال لرجل ادفع الى فلان ألف درهم فان كان المأمور خليطا الآمر أو بعض من فى عياله رجع المأمور على الآمر باعتبار الخلطة التي بينهما فان ذلك بمنزلة الغرر من جهته لو لم يثبت له حق الرجوع عليه لم يرجع الآمر على القابض وان لم يكن له عليه شئ يصير قصاصا به وأما اذا لم يكن المأمور خليطا الآمر فلا اشكال على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا يرجع على الآمر وانما يرجع به على القابض وانما اختلفوا على قول أبي يوسف الآخر رحمه الله فعلى قياس الطريقة الاولى يرجع على الآمر بمنزلة ما لو قال ادفعه الى وعلى قياس الطريقة الثانية يكون رجوعه على القابض لانه ليس فى لفظه مايدل على ان القابض يستوفى حقا واجباله بخلاف ما اذا قال ادفعها الى فلان قضاء ولو أمر خليطا له أن ينقد فلانا عنه ألف درهم نجية فنقد عنه الف درهم غلة أو نبهرجة لم يرجع على الآمر الا بمثل ماأعطى بخلاف الكفيل بالنجية اذا أدى بالغلة فانه يرجع بالنجية فان رجوع الكفيل بحكم الالتزام (ألا ترى) انه لو وهب المال منه رجع على الأصيل وانما التزم في ذمته النجية فاستوجب مثلها فى ذمة الاصيل ثم إن سامحه الطالب فتجوز بالغلة لايجب أن يسامح الاصيل بشئ فاما المأمور فهو غير ملتزم فى ذمته شيأ وانما يثبت له حق الرجوع بالاداء (ألا ترى) انه لو وهب المال منه لم يصح فان كان رجوعه بالاداء رجع بالمؤدى ولو كان لرجل على رجل ألف درهم وأحال بها عليه رجلا فلما استوفاها المحتال قال المحتال للمحيل كان المال لي عليك فانما استوفيت حق نفسى وقال المحيل بل كنت وكيلى فى قبض مالى لم يكن لك علي شئ فالقول قول المحيل لان وجوب المال له على المحتال عليه كان ظاهرا كالمقبوض بذلك السبب فيكون ملكا له ثم القابض يدعى لنفسه دينا عليه حتى يحبس ماله بذلك ولم يظهر ذلك الدين له عليه فان إحالته عليه لاتكون دليلا على وجوب المال للمحتال على المحيل فيكون القول قول المنكر ويؤمر بدفع المال اليه الا أن يثبت دين نفسه عليه ولو أراد المحتال عليه أن يمنع المال من الذى أحال به عليه ورب المال غائب لم يكن له عليه ذلك بعد الحوالة لانه قد التزم دفع المال اليه فعليه الوفاء بما التزم وكذلك لو قال رب المال اضمن له هذا المال فهو مثل الحوالة بخلاف ما لو قال أضمن له هذا المال عنى فانه يكون اقرارا من رب المال بالمال لهذا لانه أمره بان يضمن عنه ولا يتحقق ذلك الا بعد وجوب المال عليه ولان قوله اضمن عنى له بمنزلة التصريح منه ان القابض عامل لنفسه وليس بوكيل من جهته وانما يكون ذلك عند وجوب

المال للطالب على الاصيل وكذلك الحوالة اذا قال يحتال اليك بالألف التي لي عليك لم يكن هذا اقرارا بان المال عليه ولو قال هو محتال عليك بألف درهم لتؤديها عني من المال الذي لي عليك فهذا اقرار منه بوجوب المال عليه للمحتال واذا قال يحتال عليك بألف درهم لم يكن هذا اقرارا منه بالمال ولكن المحتال عليه لا يستطيع الامتناع من اداء المال الى المحتال لانه التزمها له ولان كلامه محتمل وبالمحتمل لا يكون له ان يمتنع من ايفاء ما التزم وان أداها وكان خليطا للآمر رجع بها عليه ورجع بها الآمر على المضمون له بعد ان يحلف انها ليست عليه وقد بينا فى الحوالة نظيره فكذلك فى الضمان ولو لم يكن خليطا له لم يرجع بها عليه لانه ليس فى لفظه ما يدل على الأمر بالضمان فلا يثبت له حق الرجوع عليه ولكنها تسلم للمضمون له بخلاف ما سبق من قوله ادفع لانه ليس هناك من المأمور التزام شئ للمدفوع اليه (ألا ترى) ان له ان يمتنع من الدفع اليه فكذلك بعد الدفع له أن يرجع بها عليه وهنا بقبول الحوالة والضمان قد التزم المال للمضمون له حتي لا يكون له أن يمتنع من الدفع اليه فى الابتداء فكذلك بعد الدفع اليه لا يكون له ان يرجع عليه بشئ مما أدى اليه والله أعلم بالصواب

باب صلح الكفالة

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ألف درهم وبها كفيل عنه بأمره فصالح الكفيل الطالب على مائة درهم علي ابراء الاصيل من الالف جاز كما لو صالحه الاصيل بنفسه وهذا ظاهر لان الطالب استوفى عشر حقه وابراه من سوى ذلك وكل واحد من الامرين صحيح فى الكل فكذلك فى البعض لم يرجع الكفيل على المكفول عنه بمائة درهم لان رجوع الكفيل باعتبار ثبوت الملك له وذلك مقصور على ما أدى دون ما ابراه الاصيل عنه لان الابراء اسقاط فلا يتضمن التمليك من الكفيل ولا يتحول به أصل الدين الى ذمة الكفيل بخلاف الايفاء فانه يتضمن تحول أصل الدين الى ذمة الكفيل ليتملك بأدائه ما فى ذمته فيستوجب الرجوع به على الاصيل ولو صالحه على مائة درهم على ان يبرئ الكفيل خاصة من الباقى رجع الكفيل على الاصيل بمائة درهم ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا لاصل الدين فيبقى له في ذمة الاصيل

ماابراه الكفيل منه وتسعمائة وهذا لان الكفيل يلتزم المطالبة وابراء الكفيل يكون تصرفا في تلك المطالبة دون أصل الدين وبالابراء لا يتحول الدين الى ذمة الكفيل ولوصالحه على مائةدرهم على ان وهب التسعمائة للكفيل كان للكفيل ان يرجع بالالف كلها على المكفول عنه لانه ملك جميع الاصل وهو الالف بعضها بالاداء وبعضها بالهبة منه والبعض معتبر بالكل وهذا لان الهبة تمليك فى الاصل فمن ضرورة تصحيحه تحول الدين الى ذمة الكفيل فلا يبقى للطالب فى ذمة الاصيل شئ ويتحول الكل الى ذمة الكفيل ثم يتملكها بالهبة والاداء فيرجع بها على الاصيل ولو صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير أو باعه اياه بعشرة دنانير كان للكفيل ان يرجع على الاصيل بجميع الالف لانه بهذا الصلح والشراء يتملك جميع الالف ومن ضرورة صحتها تحول الدين الى ذمة الكفيل فان الصلح فى غير جنس الحق يكون تمليكا كالبيع وكذلك كل ماصالحه عليه من مكيل أو موزون بعينه أو حيوان أو عرض أو متاع فالجواب فى الكل سواء ولو كان معه كفيل اخر وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه كان له ان يرجع على صاحبه بنصف ذلك لان هذا الصلح أو البيع بمنزلة الاداء فى حق الرجوع على الاصيل فكذلك فى حق الرجوع على الكفيل معه ولو أدى جميع المال كان له ان يرجع بنصفه على شريكه في الكفالة فكذلك هنا ولو كفل رجلان عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأدى أحدهما ثم أخذ صاحبه فى الكفالة معه بالنصف فصالحه من ذلك على مائة درهم علي ان أبراه خاصة مما بقى فهو جائز واستوجب الرجوع على صاحبه بنصف المؤدى وهو خمسمائة ليستوى معه فى الغرم فاذا استوفى منه بعض ذلك وابراه عن الباقى جاز كما لو عامل الاصيل بمثل ذلك ثم براءة الكفيل بالابراء لاتكون براءة للاصيل وقد كان للمؤدى أن يرجع على الاصيل بجميع الالف فانما وصل اليه من جهة صاحبه مائة فيبقى حقه فى الرجوع على الاصيل بتسعمائة ويثبت للكفيل الآخر حق الرجوع على الاصيل بمائة فأيهما أخذ منه شيئا اقتسما المأخوذ اعتبارا علي قدر شركتهما فيما فى ذمته لاحدهما تسعة أعشاره وللآخر عشره ولو صالح المؤدى صاحبه من الخمسمائة على عشرة دنانير أو كر حنطة أو عرض جاز ذلك كما يجوز صلحه مع الطالب عن الخمسمائة على هذا المقدار ويملك الكفيل الآخر خمسمائة بهذا الصلح بمنزلة مالو أداها بعينها الى المؤدى فيتبع كل واحد منهما الاصيل

بخمسمائة وأيهما أخذ شيئا كان لصاحبه نصفه على حسب حقهما فى ذمته ولو كان الدين طعاما وبه كفيل فصالح الكفيل الطالب منه على عشرة دراهم رجع بالطعام كله على المكفول عنه لان ماأداه الكفيل يصلح ان يكون عوضا عن جميع الطعام فيصير به متملكا بجميع الطعام (ألا ترى) انه لو باعه بالطعام ثوبا كان به متملكا جميع الطعام حتى يرجع به على الاصيل فهذا مثله ولو كان الدين ألف درهم وبه كفيلان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فصالح أحد الكفيلين صاحبه على مائة درهم على أن يبرئه من حصته من الكفالة وقبضها منه ثم ان الكفيل الذي قبض المائة أدى المال كله الى الطالب رجع على المكفول عنه بتسعمائة ولم يرجع على الكفيل معه بشئ ويرجع المؤدى للمائة على المكفول عنه بالمائة لان كل واحد منهما كفيل عن الاصيل بجميع المال وعن صاحبه بنصف المال صلح الكفيل مع الاصيل قبل أدائه الى الطالب صحيح كما يجوز صلحه مع الطالب فاذا صالح أحدهما صاحبه على مائة فقد صار مبرئا له عما زاد على المائة مما استوجب الرجوع عليه وهو كان كفيلا عن الاصيل وابراء الكفيل لايوجب براءة الاصيل فاذا أدى القابض للمائة جميع الألف فانما أدى عن الاصيل تسعمائة فيستوجب الرجوع بها عليه ويصير مؤديا عن الكفيل معه مقدار ما كفل عنه وذلك مائة درهم فيرجع المؤدى للمائة على الاصيل بتلك المائة لان أداء كفيله عنه كأدائه بنفسه ولو لم يكن هكذا ولكن الطالب أخذ الكفيل الذى أدى المائة واستوفى منه الألف كلها فله أن يرجع على شريكه بتسعمائة لانه دفع اليه المائة على أن يؤديها عنه الى الطالب فاذا لم يفعل حتى أداها بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك المائة وقد كان كفل عنه خمسمائة وأداها فله ان يرجع عليه بتلك الخمسمائة أيضا ولو كان الكفيل صالح صاحبه على كر حنطة ودفعه اليه على ان ابراه من حصته من الكفالة فهذا جائز فيما بينهما لانه كفل بالخمسمائة وما أدى اليه يصلح أن يكون عوضا عن الخمسمائة ويكون هذا التصرف منهما غير جائز فى حق الطالب فله ان يأخذ بجميع المال أيهما شاء فان أخذ الطالب الكفيل الذى أدى بالالف فأداها فانه يرجع بها تامة على الكفيل الذى معه وبخمسمائة مع ذلك على الذى عليه الاصل ان شاء الا أن يشاء الكفيل القابض للطعام ان يرد عليه الطعام ويرد عليه خمسمائة مع ذلك لان المؤدى للألف استوجب الرجوع على شريكه فى الكفالة بنصف ما أدى وهو خمسمائة لانه تحمل ذلك عنه بأمره وبالنصف الآخر لانه دفع اليه الطعام على ان يؤدي عنه مايقابله وهو خمسمائة الى الطالب فاذا

لم يفصل حتى أدى بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك الخمسمائة أيضا الا ان القابض للطعام قبضه بطريق الصلح على ان يبرئ المؤدى من رجوعه عليه لا على أن يرجع المؤدي عليه بخمسمائة فاذا آل الامر الى ذلك خير لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فان شاء نقض الصلح ورد عليه الطعام وان شاء أمسك الطعام ورد عليه عوضه وهو خمسمائة وان شاء المؤدى للألف رجع بخمسمائة على الاصيل لانه اداها عنه بعد ما تحملها بأمره ورجع بخمسمائة على الكفيل الذى قبض الطعام الا أن يشاء الكفيل ان يرد عليه الطعام لما بينا (وحاصل فقه هذه المسئلة) ان الخمسمائة التي هى عوض عن الطعام لا يستوجب المؤدى الرجوع بها على الاصيل لانه صار مملكا اياها من المؤدى للطعام فيكون رجوعه بذلك على القابض للطعام خاصة الا أن يشاء القابض للطعام ان يرد عليه الطعام لانه قبضه منه على سبيل الحط والاغماض ولو صالح أحد الكفيلين صاحبه على عشرة دنانير ودفعها اليه على ان أبراه من حصته من الكفالة ثم ان الطالب صالح الكفيل الذى قبض الدنانير على تلك الدنانير باعيانها عن جميع المال وأداها اليه كان جائزا لانه ملك الدنانير وتم ملكه فيما قبضه من صاحبه فالتحق تعيينها من دنانيره فى جواز الصلح مع الطالب عليها من جميع المال ويكون هذا الصلح تمليكا منه لانعدام معنى الربا عند اختلاف الجنس ثم يكون للكفيل الذى صالح الطالب أن يرجع علي الاصيل بخمسمائة درهم ويرجع الكفيل الآخر على الاصيل بخمسمائة أيضا لان الذى صالح الطالب قد يملك جميع الالف بهذا الصلح بمنزلة مالو أدى اليه جميع الالف وكان له أن يرجع على شريكه بخمسمائة لولا صلحه معه وقد صح صلحه معه عن الخمسمائة على الدنانير فيجعل ذلك الصلح بينهما كانه كان بعد اذنه فيتقرر كل واحد منهما فى الرجوع عن الاصيل بخمسمائة لان أداء الكفيل المصالح الاول عنه كادائه بنفسه وأيهما أخذ شيئا من الاصيل شاركه فيه صاحبه لان الدين الذي فى ذمة الاصيل مشترك بينهما وما قبض أحد الشريكين من دين مشترك بينهما شاركه فيه صاحبه *ولو لم يكن هكذا ولكن أحد الكفيلين أدى المال كله الي الطالب ثم صالح الكفيل معه على مائة درهم على ان ابراه أو على عشرة دنانير على ان ابراه وقبض ذلك فهو جائز لانه بالاداء استوجب الرجوع على شريكه فى الكفالة بخمسمائة والصلح من الخمسمائة على مائة درهم أو علي عشرة دنانير جائز وهما يتبعان الاصيل بالالف تامة لانهما صارا مؤديين عنه جميع الالف فان كان الصلح بينهما على الدنانير فالالف بينهما

نصفان لان مؤدى الدنانير يصير متملكا للخمسمائة بما أدى فالصلح يصح بطريق التمليك اذا أمكن والامكان موجود عند اختلاف الجنس فيكون رجوع كل واحد منهما على الاصيل بخمسمائة بمنزلة مالو أدى الي صاحبه خمسمائة وان جرى الصلح بينهما على مائة درهم فالالف بينهما على عشرة اسهم لان صحة الصلح عنهما هنا بطريق الاسقاط فان مبادلة الخمسمائة بالمائة ربا فالمؤدى للمائة لا يأخذ الا مقدارها وابراء مؤدى الالف صاحبه عما زاد على المائة لا يكون ابراء الاصيل فيكون له ان يرجع على الاصيل بتسعمائة وللآخر ان يرجع عليه بالمائة فاذا اقتضاه شيئا منها يكون المقبوض بينهما على مقدار حقهما اعتبارا ولو صالحه على عرض أو حيوان كان مثل الصلح على الدنانير لان تصحيحه بطريق التمليك ممكن والصلح قبل الاداء وبعد الاداء جائز لان الدين يجب للكفيل عن الاصيل بالكفالة كما يجب للطالب على الكفيل بعين فى حق المطالبة (ألا ترى) ان الكفيل يطالب الاصيل بحسب ما تعامله الطالب مع الكفيل ويجوز صلح الكفيل مع الاصيل قبل الاداء وبعده واذا كان الدين طعاما قرضا أو غصبا فصالح أحد الكفيلين صاحبه على دراهم مسماة على أن ابرأه من خصومته فهو مثل الباب الاول لما بينا أن تصحيح هذا الصلح بينهما بطريق المبادلة ممكن فان أدى الذى قبض الدراهم والطعام كله كان لهما ان يتبعا الاصيل بذلك نصفين لان المؤدى للدراهم كان أصيلا فى حق صاحبه وأداء كفيله كأدائه بنفسه وقد تم ملكه فى حصته من الطعام بما أدى من الدراهم الى صاحبه فيرجع علي الاصيل بذلك والمؤدى للطعام كفيل عن الاصيل بالطعام وقد أدى فيرجع عليه بمالم يصل اليه عوضه من صاحبه وذلك نصف الطعام فلهذا رجعنا عليه بالطعام نصفين وان أدى الطعام الذى دفع الدراهم اتبع صاحب الاصل بالجميع لانه كان كفيلا عنه بجميع الطعام وقد أدى فيرجع على الكفيل الذى قبض الدراهم بنصف ما أدى الطعام لانه دفع اليه الدراهم عوضا عن نصف الطعام الذى كان كفل به عنه ليؤديه الى الطالب ولم يفعل فيرجع عليه بذلك الا ان يشاء القابض للدراهم ان يرد الدراهم لانه قبضها بطريق الصلح ومبنى الصلح على التجوز بدون الحق فاذا آل الامر الى ان يلزمه رد نصف الطعام ويكمله عليه كان له أن يلتزم هذا الضرر ويرد عليه المقبوض من الدراهم ان شاء وان شاء الكفيل الذى أدى الطعام اتبع صاحبه فى الكفالة بجميع الطعام ليؤديه عنه الى الطالب فاذا لم يفعل حتى أدى بنفسه كان له ان يرجع عليه بذلك أيضا الا أن يشاء القابض للطعام

أن يرد عليه دراهمه مكان نصف الطعام فحينئذ يكون له ذلك فيدفع اليه دراهمه مع نصف الطعام فالمقبوض منه يكون مشتركا بينهما على قدر حقيهما وان كانا كفيلين عن رجل بمائة درهم و كل واحدمنهما كفيل عن صاحبه بها ثم انأحد الكفيلين صالح الآخر على عشرة دراهم علي ان ابراه ثم صالح الطالب الذى قبض العشرة على خمسة دراهم وأداها اليه فانه يرد تسعة و نصفا على الكفيل الذى معه ثم يرجعان جميعا على الاصيل بخمسة لان المؤدى للعشرة انما أداها الى صاحبها على أن يؤدى عنه العشرة وهو ماأدى الى الطالب مما كفل عنه الا درهمين ونصفا لانه أدى اليه خمسة وهى شائعة فى النصفين نصف ذلك مما هو فيه متحمل عن صاحبه فعرفنا انه أدى الى الطالب مما تحمل عن صاحبه درهمين ونصفا وصاحبه انما برئ مما بقى بابراء الطالب لان عند اتحاد الجنس يتعذر تصحيح الصلح بطريق المبادلة فلهذا رجع المؤدى للعشرة على صاحبه بسبعة ونصف ثم كل واحد منهما يؤدى عن الاصيل درهمين ونصفا حكما فيرجعان عليه بالخمسة كذلك *ولو لم يكن هكذا ولكن الذي عليه الاصل صالح أحد الكفيلين على عشرة دراهم ودفعها اليه فهو جائز بطريق الاسقاط لماوراء العشرة مما استوجب الرجوع به عليه عند الاداء فان أدى الكفيل الذى أخذ العشرة الى الطالب المائة درهم لم يرجع علي الاصيل ولا على صاحبه بشئ وقد صالح الاصيل علي ماأخذ منه من العشرة وصار مبرئا له عما زاد علي ذلك فلا يرجع عليه بشئ عند الاداء والكفيل معه انما استفاد البراءة ببراءة الاصيل لابادائه لان براءة الاصيل على أى وجه تكون تتضمن براءة الكفيل ولو أدى الكفيل الآخر المائة كان له أن يرجع على الكفيل الذى معه بخمسين درهما وعلى الاصيل بمثل ذلك لانه صار مؤديا عن الكفيل الذى معه مقدار الخمسين ولو لم يجر بين الكفيل الآخر وبين الاصيل صلح كان لهذا المؤدى أن يرجع على الكفيل الآخر بما أدى عنه بالكفالة وهو مقدار الخمسين فبعد صلحه أولى وقد كان كفيلا عن الاصيل بالخمسين الاخرى وأداها عنه ثم يرجع الاصيل على الكفيل الذى صالحه بخمسة دراهم لانه كان صالحه على عشرة دراهم ونصف ذلك مما كان هو الذى كفل به عنه ونصفه مما كفل به صاحبه على أن يكون هو المؤدي عنه فاذا لم يفعل كان له أن يرجع عليه بنصف تلك العشرة وهو خمسة وتسليم الخمسة الاخرى للمصالح لان الكفيل الآخر لما رجع عليه بخمسين كان له أن يرجع بذلك على الاصيل لولا صلحه معه على هذه الخمسة وابراؤه إياه

عما زاد عليها الى تمام الخمسين ولو صالح الاصيل الكفيلين جميعاً على عشرة دراهم من جميع الكفالة فهو جائز وأيهما أدى بالكفالة المائة الى الطالب فانه لا يرجع على الاصيل بشئ إلا بخمسة لان كل واحد منهما بالصلح قد أبرأه عما زاد على الخمسة الى تمام ما كفل عنه ولو أبرأه عن ذلك بعد الاداء سقط حقه في الرجوع عليه فكذلك قبل الاداء وان شاء رجع على صاحبه بالخمسة التي قبضها من الاصيل لانه انما كان قبض تلك الخمسة ليؤدى الى الطالب ماتحمل عن الاصيل ولم يؤد شيئا وانما أداه الآخر فيكون هو أحق بتلك الخمسة يقبضها منه ولا يتبعان بشئ لما بينا أو المراد بقوله لا يرجع المؤدى على الاصيل الا بخمسة سوى الخمسة التي قبضها صاحبه فى الكفالة لان المؤدى أدى تلك الخمسة بحكم الكفالة عن الاصيل وهو ماأبرأه منها فيرجع بها على الاصيل ان شاء ثم يرجع بها الاصيل على القابض منه وان شاء رجع بها على صاحبه لما بينا وان لم يؤد واحد من الكفيلين المال ولكن أدى الاصيل رجع علي الكفلين بعشرة دراهم بعينها لانهما استوفيا العشرة منه ليؤديا عنه ماتحملا من الدين ولم يوجد ذلك حين أدى هو المال بنفسه فكان له أن يرجع عليهما بتلك العشرة ولا يرجع بما زاد علي ذلك لان رجوعه عليهما بحكم استيفائهما منه لا بحكم اسقاطهما عنه ولو صالحهما على ثوب ودفعه اليهما ثم انه أدى المائة الى الطالب رجع علي كل واحد منهما بقبض نصف الثوب منه فى حكم المستوفى الخمسين بطريق المبادلة وانما استوفى علي أن يؤدى عنه حق الطالب فاذا لم يفعل ولكن أداها صاحبه وقد كان كفيلا عنه بها كان له أن يرجع بتلك الخمسين عليه وان شاء رجع بها علي الاصيل لانه يتحمل تلك الخمسين عن الاصيل وقد أداها فان رجع بها على الاصيل رجع بها الأصيل على الكفيل الذى لم يؤد شيئا إلا أن يشاء الكفيل أن يرد عليه نصف الثوب الذى صالحه عليه لانه استوفاها عنه ليؤديها عنه فاذا لم يفعل حتى أدى هو بنفسه الى الكفيل المؤدي عنه كان ذلك بمنزلة أدائه الى الطالب فيرجع بها علي الذى لم يؤد شيئا إذ الذى لم يؤد شيئا صار مستوفيا بطريق التجوز بدون الحق فيتخير لذلك ولو لم يؤد مائة درهم ولكنه أدى عشرة دراهم فصالحه عليها الطالب فانه لا يرجع على شريكه فى الكفالة بخمسة دراهم ولكن الاصيل يرجع على الكفيل المؤدي للعشرة الي الطالب بأربعين درهما وعلى الكفيل الآخر بخمسين لان كل واحد منهما بقبض نصف الثوب منه صار قابضا للخمسين على أن يؤدى عنه ذلك الى الطالب ولم يفعل ذلك الذى

لم يؤد الى الطالب شيئا وانما برئ هو عن تلك الخمسين بابراء الطالب اياه فكان للاصيل أن يرجع عليه بتلك الخمسين الا أن يشاء هو رد نصف الثوب عليه والمؤدى للعشرة كان في حكم القابض للخمسين منه أيضا على أن يؤدى ذلك عنه وانما أدى اليه عشرة فمازاد على العشرة انما برئ الأصيل عنه بابراء الطالب فيكون له أن يرجع على المؤدى للعشرة بقدر الاربعين لذلك ولا رجوع للمؤدى للعشرة على شريكه بنصف العشرة لانه قد استوفى من الاصيل هذه العشرة وزيادة فكيف يرجع بشيء منها على شريكه ولو لم يؤد شيئا ولكن الاصيل صالح الطالب على عشرة دراهم فانه يرجع على كل واحد من الكفيلين بخمسين درهماً إلا أن يشاء رد الثوب عليه لان كل واحد منهما في حكم المستوفى للخمسين منه ولكن بطريق التجوز بدون الحق ولو كان الاصيل صالح الكفيلين على عشرة دراهم وكان أحد الكفيلين صالح الطالب على أربعة دراهم فانه لا يرجع على صاحب الدرهمين اللذين أدى عنه لما بينا انه قبض ذلك من الاصيل وزيادة ولكن يرد درهما على الاصيل لانه قبض من الاصيل خمسة وما أدى عنه الى الطالب إلا أربعة فانما برئ عما زاد على الاربعة بابراء الطالب ويرد صاحبه خمسة دراهم على الاصيل لان صاحبه استوفى من الاصيل خمسة دراهم ولم يؤد عنه شيئا وانما برئ هو من حصة صاحبه بابراء الطالب ولو كان الأصيل صالحهما على ثوب ثم ان أحدهما صالح الطالب على دراهم على ان أبرأه من جميع المال لم يرجع على شريكه بشيء لانه انما أدى الى الطالب درهما وقد صار مستوفيا من الاصيل مقدار الخمسين بالصلح على الثوب فلهذا لا يرجع على شريكه بشيء ولكن المصالح مع الطالب يرد على الاصيل تسعة وأربعين درهما وصاحبه يرد على الاصيل خمسين درهما لان كل واحد منهما صار مستوفيا للخمسين درهما من الاصيل على أن يستفيد الاصيل البراءة من حق الطالب بادائهما ولم يوجد ذلك فالذى صالح الطالب على الدراهم انما أدى عنه الدراهم فقط فيرد عليه مازاد على ذلك الى تمام الخمسين والآخر لم يؤد عنه شيئا الى الطالب فيرد عليه ماصار مستوفيا منه وذلك خمسون درهما واذا كفل رجل بمال مؤجل ثم فاوض رجلا ثم حل الاجل لم يلزم شريكه من ذلك شيء أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلان عقد المفاوضة لا يوجب المساواة بينهما في ضمان الكفالة ان لو كانت الكفالة بعد الشركة فاذا كانت قبلها أولى وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه فيما يجب على صاحبه بسبب يباشره بعد

الشركة وهذا المال انما لزمه بسبب باشره قبل الشركة لان وجوب المال عليه بسبب الكفالة لا بحلول الأجل والاجل الذى كان مانعا من المطالبة يرتفع بمضى المدة فيبقى المال عليه بسبب الكفالة وقد كان قبل الشركة فهو بمنزلة مالو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم فاوض رجلا ولو كفل بالمال مؤجلا وهو معاوضة ثم فارقه أو صار شريكه فانه يلزم شريكه جميع الكفالة فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان المال انما لزمه بسبب باشره فى حال قيام الشركة بينهما وانما كان زوال المانع بعد انقطاع الشركة وكما وجب المال بمباشرة السبب على الذي باشره وجب على الآخر بحكم الكفالة عنه فيفسخ الشركة وانفساخها بالموت لا يسقط عنه ما كان لزمه كما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم تفاسخا الشركة فان أداها الشريك قبل الفرقة أو بعدها كان له أن يرجع على الذى أمر شريكه بالكفالة لانه كما قام مقام الشريك فى وجوب المال عليه والأداء الى الطالب فكذلك فى الرجوع على الاصيل وهذا لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على كل واحد من الشريكين وجب أيضا لكل واحد منهما على الاصيل الذى أمر أحدهما بالكفالة لان أمره أحدهما كأمره اياهما فانهما بعقد المفاوضة صارا كشخص واحد وكذلك لو أداه بعد موت الكفيل لانه مطالب بالمال بعد موته كان مات قبله فان مات المفاوض الذي لم يكفل قبل حل الاجل فالمال يحل عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يحل على الحى منهما لان الاجل كان ثابتا فى حق كل واحد منهما إلا أن الميت استغنى عن الاصيل بموته والحى يحتاج الى ذلك والميت لا ينتفع ببقاء الاجل بل يتضرر بذلك لان يد الوارث لا تنبسط فى التركة والحى ينتفع بالاجل فيبقى الاجل فى حق الحى منهما دون الميت وحلول المال على الميت منهما بعد الموت لا يوجب حلوله على الآخر لان الشركة قد انقطعت بموته فأما فى شركة العنان والمضاربة اذا كفل أحدهما بمال أو نفس لم يلزم شريكه منه شئ لان الشركة بينهما تتضمن الوكالة فى التجارة دون الكفالة فالدين الذي يجب على أحدهما بمباشرة سببه يكون الآخر كالاجنبي فيه فلا يطالب بشئ منه واذا كان لرجل على رجل حنطة سلم وبه كفيل فأداه الكفيل ثم صالح المكفول عنه على دراهم أو عرض أو مكيل أو موزون يدا بيد فهو جائز لان ما يرجع به الكفيل على الاصيل ليس بسلم فان السلم اسم لما يجب بعقد السلم وهذا انما يجب للكفيل على الاصيل بعقد الكفالة وهو عقد آخر سوى السلم (ألا ترى) أنه لو كفل ببدل الصرف أو برأس مال السلم وأداه في المجلس ثم فارق الأصيل قبل أن يرجع به عليه جاز ذلك لان ما يرجع به

الكفيل علي الاصيل بمنزلة بدل القرض فان الكفيل يصير مقرضا ذمته من الاصيل بالالتزام للمطالبة بالكفالة ثم يصير مقرضا ماله منه بالاداء عنه فما يرجع به عليه يكون بدل القرض والاستبدال ببدل القرض صحيح ولو كان شيء من ذلك نسيئة لم يجز الا الطعام لان ذلك يكون دينا بدين فأما اذا صالحه بكر من حنطة الى أجل فهو جائز لانه لا مبادلة هنا بل هو تأجيل فى عين ما استوجب الرجوع به عليه * فان قيل فأين ذهب قولكم انه بمنزلة القرض والاجل فى القرض لا يلزم * قلنا هو فى حكم القرض وأما فى الحقيقة فليس بقرض بل هو واجب بعقد ما لا وهو الكفالة والاجل فى القرض انما لم يلزم بمنزلة الاعارة وهو غير موجود فيما وجب بعقد الكفالة فلهذا صح تأجيله فيه ولو صالحه على شيء قبل أن يؤدي كان جائزا لانه بنفس الكفالة وجب الدين للكفيل على الاصيل كما وجب للطالب على الكفيل ولكنه مؤجل على أن يؤدي عنه والصلح عن الدين المؤجل قبل حلول الاجل صحيح فان أدى الاصيل الطعام الى الطالب رجع على الكفيل بطعام مثله فى ذلك كله (ما خلا خصلة واحدة) وهى ما اذا كان صالحه على طعام أقل من ذلك فانه لم يرجع الا بمثل ما أعطاه لان هذا كان منه اسقاطا لبعض حقه واستيفاء للبعض فلا يرجع عليه الا بقدر ما أوفاه وفيما سواه كان الصلح بينهما مبادلة وكان الكفيل كالمستوفي منه جميع الطعام بما أخذه من عوضه وانما استوفى ذلك ليقضى عنه ما عليه للطالب فاذا لم يفعل كان للاصيل أن يرجع عليه بما استوفى منه كما اذا أوفاه الطعام حقيقة ولو أخذ الكفيل الطعام من الاصيل قبل أن يؤديه ثم أداه كان التأجيل صحيحا لانه استوجب المال عليه بعقد الكفالة قبل الاداء والتأجيل فى الدين بعد وجوبه صحيح ولو صالح الكفيل الاصيل على دراهم ثم افترقا قبل أن يقبضها فالصلح باطل لانه استوجب عليه الطعام دينا فاذا صالحه على دراهم كان دينا بدين فلا يكون عفوا بعد المجلس والدراهم لا تتعين بالتعيين ما لم تقبض وكذلك لو صالحه على شيء بغير عينه مما يكال أو يوزن ما خلا الطعام فانه ان صالحه على نصف كر حنطة الى أجل فهو جائز لانه لا مبادلة بينهما فى هذا الصلح وانما حط عنه نصف الكر وأجله فى ذلك النصف وذلك مستقيم والله أعلم

باب الكفالة والحوالة إلى أجل

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مائة درهم الى أجل مسمى فضمنها رجل عنه الى

أجل دون ذلك أو أكثر منه أو مثله فهو جائز على ماسمي أما اذا لم يسم الكفيل شيئا فالمال عليه الى ذلك الاجل لانه بالكفالة انما يلتزم المطالبة التى هى ثابتة على الاصيل والمطالبة بهذا المال على الاصيل بعد حل الاجل فيثبت ذلك على الكفيل أيضا وأما اذا كفل به الى مثل ذلك فقد صرح بما هو مقتضى مطلق الكفالة والتصريح بمقتضى العقد لا يزيده الا وكادة وأما اذا كفل به الى أجل دون ذلك فلانه لو كفل به حالا لزمه المال فى الحال لان الاصيل لو أسقط الاجل لزمه المال فى الحال فكذلك الكفيل وكفالته على أن يؤديه حالا بمنزلة اسقاط الاجل فاذا جاز فى جميع الاجل جاز فى بعضه وان كفل به الى أجل أكثر من ذلك فلانه لو كان المال حالا على الاصيل فكفل به الكفيل الى أجل مسمى صح ولم يطالب الكفيل الا بعد حل الاجل فكذلك اذا كفل به الى أجل أكثر من الاجل فى حق الاصيل فان كان أصل المال حالا فأخذ الطالب المطلوب حتى أقام له به كفيلا الى سنة فهو جائز والتأخير عنهما جميعا لانه أضاف التأجيل الى أصل المال وأصل المال ثابت فى ذمة المطلوب فيثبت الاجل فيه ثم يثبت فى حق الكفيل بثبوته فى حق الاصيل وهذا بخلاف ما اذا أجل الكفيل سنة لان التأجيل هنا غير مضاف الى أصل المال بل هو مضاف الى المطالبة التى التزمها الكفيل بالكفالة فيبقى أصل المال حالا على الاصيل ولو أن الكفيل أخر المطلوب بعد الحل الى أجل مسمى كان التأخير عن المطلوب للكفيل دون الطالب لانه أضاف التأخير الى ما استوجبه على الاصيل بالكفالة وذلك فى حكم دين آخر سوى دين الطالب ولان التأخير تصرف من الكفيل باسقاط حق المطالبة الى مدة وذلك صحيح منه على نفسه دون الطالب (ألا ترى) أنه لو صالحه على ثوب أو أبرأه عن بعضه جاز ذلك عليه دون الطالب ولم يرجع به على المكفول عنه حتى يمضى الاجل كما لو أجله بعد الاداء ولو أجل المال عليهما ثم أخر الطالب الاصيل سنة فهو تأخير عنهما ولو أخر الكفيل سنة كان له أن يأخذ الاصيل بها حالة اعتبارا للتأجيل بالابراء فكما أن ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل وابراء الاصيل يوجب براءة الكفيل فكذلك التأخير وبعد ما أخر الاصيل اذا أدى الكفيل المال قبل الاجل لان اسقاط الكفيل الاجل صحيح منه فيما بينه وبين الطالب ودعواه غير صحيحة منه في حق المطلوب وان كان أخر الكفيل سنة ثم أداه الكفيل قبل الاجل كان له أن يرجع على الاصيل فى الحال لان المال حال على الاصيل (ألا ترى) أن الطالب كان يطالبه به حالا فكذلك الكفيل يطالبه حالا بعد الاداء

بخلاف ماسبق والكفالة بالقرض الى أجل مسمي جائزة لان بدل القرض مضمون تجرى النيابة فى أدائه فتصح الكفالة به وهو على الكفيل الى أجل وعلى المكفول عنه حالا لما بينا أن الكفيل انما التزم المطالبة بالعقد وذلك يقبل التأخير بالتأجيل ولو كفل رجل مالا عن رجل ثم كفل به عن الكفيل كفيل آخر وأخر الطالب عن الاصيل سنة فهو تأخير عن الكفيلين لان أصل المال فى ذمة الاصيل فاذا صار مافى ذمته مؤجلا ثبت الاجل فيما هو بناء عليه (ألا ترى) انه لو أبرأ الاصيل منها برئ الكفيلان جميعا وان أخر عن الكفيل الاول فهو تأخير عنه وعن الكفيل الآخر والمال على الاصيل حال اعتبار التأجيل بالابراء وهذا لان المطالبة التى التزمها الكفيل الثانى بناء على المطالبة التى هى على الكفيل الاول فالتأجيل فى حق الكفيل الاول يكون تأجيلا فى حق الثانى دون الاصيل ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم الى سنة ثم ان الكفيل باع الطالب بها عبدا قبل الاجل وسلمه اليه فاستحق العبد فالمال على الكفيل الى أجله بمنزلة مالو كانت هذه المعاملة للطالب مع الاصيل وهذا لان الاجل انما سقط حكما للعقد وقد انتقض العقد من الاصيل باستحقاق العبد فكان المال عليه الى أجله وكذلك لو رده المشترى بعيب بقضاء قاض لان الرد بالعيب بقضاء القاضى فسخ للعقد من الاصل ولو رد بغير قضاء قاض ولم يسم أجلا فالمال حال على الكفيل لان هذا بمنزلة الاقالة بمنزلة العقد الجديد فانها تعتمد التراضى الا انها جعلت فسخا فيما بين المتعاقدين فيما هو من أحكام العقد الذي جرى بينهما والاجل ليس من ذلك فى شئ فكان فى حكم الاجل هذا بمنزلة عقد مبتدا فلا يثبت الاجل فى بدله الا بالشرط ولو كان قضاه الالف معجلة نبهجرة فوجدها ستوقة فردها عليه كان المال عليه الى أجله لانه تبين انه ماصار قابضا لدينه وسقوط الاجل من حكم قبضه فاذا لم يصر قابضا كان المال مؤجلا عليه وكذلك ان وجدها زيوفا فردها بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض لان الرد بعيب الزيافة فسخ للقبض من الاصل بدليل أن الراد ينفرد به وان يرجع بموجب العقد والعقد لايوجب التسليم مرتين فلولم ينتقض القبض من الاصل ما كان له أن يرجع بموجب العقد وهذا لان الزيوف غير الجياد التى هى دين في الذمة فالمقبوض انما يكون حقاله على أن يتجوز به فاذا لم يتجوز به ورده عرف أن المقبوض لم يكن حقاله وسقوط الاجل كان باعتبار أنه قبض حقه فاذا انعدم ذلك بقي الاجل كما كان وان كان حين أعطاه المال أعلمه انها زيوف فهو جائز لانه تجوّز

بدون حقه فيصير الكفيل به قابضا دينه ولا يجعل هـذا مبادلة للاجل بالصفة لانه كان من غير شرط بينهما وانما تحقق المبادلة اذا كان شرط ثم يرجع الكفيل على الاصيل بالجياد لانه بالكفالة استوجب ذلك عليـه ولو أن الكفيل أحاله بالمـال على رجل الى أجل أو حال فمات المحتال عليه مفلسا رجع المال على الكفيل الى أجله لان الحوالة تنفسخ بموت المحتال عليه مفلسا على ما بينا فانما يعود الحكم الذى كان قبل الحوالة وهو أن المال عليه الي أجله ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أن المـال على أحدهما الى سـنة وعلى الآخر الى سنتين فهو جائز لان هذا هو الشرط لما جاء فى الحديث الشرط أملك أي يجب الوفاء به اذا أمكن وهو ممكن هنا لما بينا أن ما يلتزمه كل واحد من الكفيلين ينفصل عما يلتزمه الآخر في حكم الاجـل فان حل الاجل على صاحب السـنة بأدائه رجع به على الاصيل لان المال عليـه حال وقد كفل هـذا الكفيل عنه بأمره وأداؤه لايرجع به على الكفيل الآخر حتى تمضى سنة أخرى لان المال عليه مؤجل الى سنتين وهو كفيل عنه الى سنة فكما أن الطالب لا يطالبه بذلك إلا بعد سنتين فكذلك المؤدى عنه بحكم الكفالة لا يطالبه بشئ منـه حتى تمضى السنتان ولو كان الاصيل باع الطالب عبـدا بالمـال وسلمه اليـه برئ الكفيل من الكفالة لبراءة الاصيل فان رد الطالب العبد عليه بعيب بغير قضاء قاض لم يرجع المال على الكفيل لان هذا الرد بمنزلة عقد مبتدإ فى حق الكفيل وان رده بقضاء قاض أو استحق العبد من يده رجع المال على الكفيل لان بهذا السبب ينفسخ العقد من الاصل فى حق الكل فيعود ما كان قبل العقد وهو المـال على الاصيل والكفيل جميعا واذا كان لرجل علي رجل ألف درهم حالة أو الى سنة فأحاله بها على رجل الى سنة ثم مات المحيل وهي علي المحتال عليه الى الاجل لان بالحوالة تحوّل أصل المال الي ذ ة المحتال عليه وثبت الاجل حقا له وهو حى محتاج الى الاجل فيبقى الاجل فى حقه بعد ،وت المحيل وان مات المحتال حـل المال عليه لانه استغنى عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع المال الى المحيل فان كان الى أجل فهو عليه الى ذلك الاجل وان لم يكن له أجل فهو حال عليه لان الحوالة تنفسخ بموت المحتال عليه مفلسا فعاد ما كان من الحكم قبل الحوالة ولو كان لرجل على رجل ألف درهم قرض وللمطلوب على آخر ألف درهم قرض فأحال المطلوب الطالب بالالف التى للمطلوب على الآخر الي سـنة فهو جائز وهى له الي سنة لانها انمـا تجب للطالب على المحتال عليه بعقد

الحوالة والواجب بعقد الحوالة كالواجب بعقد الكفالة في صحة اشتراط الاجل فيه وليس للمحيل أن يأخذ المحتال عليه بالألف التى كانت له عليه لانه انما قبل الحوالة مقيدة بذلك المال فصارت مشغولة بحق الطالب ولا يبقى للمحيل سبيل على أخذها لو كانت عيناً له في يد المحتال عليه فكذلك اذا كانت دينا فى ذمته وان أبرأه منها أو وهبها له لم يجز لان حق الطالب تعلق بها وذلك يوجب الحجر على المحيل عن التصرف فيها ولو صح منه هذا التصرف بطل حق الطالب قبل المحتال عليه لانه ماالتزم الحوالة بالمال مطلقة وانما التزمها مقيدة بذلك المال فاذا سقطت عنه بالابراء أو الهبة لم يبق عليه مطالبة بشئ (ألا ترى) أن الحوالة لو كانت مقيدة بوديعة فى يد المحتال عليه فهلكت تلك الوديعة بطلت الحوالة فان مات المحيل وعليه دين فما كان قبض المحتال له فى حياته فهو له ومالم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء وعلى قول زفر رحمه الله الطالب أحق به من الغرماء لانه بمنزلة المرهون وقد تقدم بيان هذه المسئلة فيما أمليناه من شرح الزيادات ولو أحال رجل رجلا على رجل بألف درهم الى سنة ثم ان المحتال عليه ترك الاجل وجعلها حالة كان ذلك جائزا لان الاجل حقه فيسقط باسقاطه كما لو أسقط الاصيل الاجل قبل الحوالة فان أداها لم يرجع بها على الاصيل المحيل حتى يمضى الاجل لان اسقاط الاجل صحيح فى حقه لا فى حق المحيل ولو كان دينا للمحيل على المحتال عليه ثم ان المحيل قضي المال من عنده كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وليس هذا بتطوع عنه لان أصل دينه بقى على المحتال عليه الا أنه كان لا يطالبه به لاشتغاله بحق الطالب فاذا زال ذلك الشغل بأن قضاه المال من عند نفسه كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وانما لم يجعل هذا تطوعا منه لانه قصد به تخليص ذمته عن حق الغرماء بخلاف ماإذا قضاه عنه غيره فانه يكون متطوعا فى ذلك لانه ماقصد هذا المؤدى تخليص شئ لنفسه وهو نظير المعير للرهن اذا قضى الدين لم يكن متبرعا فيه بخلاف ماإذا قضاه غيره واذا كان المؤدى متطوعا كان المال الذى عليه له لاسقوط دين الطالب عنه بابراء المتطوع كسقوطه بأداء نفسه ولو أحال رجل بمال لابنه الصغير على رجل الى رجل لم يجز وكذلك الوصي لان الحوالة ابراء الاصيل والاب والوصى لا يملكان الابراء فى دين الصغير وكذلك الوكيل اذا لم يفوض اليه الموكل ذلك والمراد الوكيل بالقبض لانه نائب فى الاستيفاء وقبول الحوالة ابراء للاصيل وليس باستيفاء فاما الوكيل بالعقد اذا أحال رجل على رجل بمال الى أجل ثم ان المحتال عليه أحاله على آخر الى

أجل مثل ذلك أو أكثر أو أقل لم يكن له أن يرجع على الطالب حتى يقبض الطالب ماله لان بالحوالة لم يصر الطالب مستوفيا شيئا والمال بعرض العود على الأصيل فانه تنفسخ الحوالتان بموت المحتال عليه عليهما مفلسين ولو احتال رجل على رجل بمال الى أجل ثم مات المحتال عليه وترك وفاء وعليه دين فكان فى طلب الغرماء وقسمته تأخير بعد الاجل لم يكن للطالب أن يرجع على الاصيل حتى ينظر الي ما يصير أمره لان الحوالة باقية بعد موت المحتال عليه مليا فان تركته خلف فيما هو المقصود وهو قضاء الدين منه ومع بقاء الحوالة لاسبيل للطالب على المحيل في المطالبة بشيء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الأمر بالضمان

(قال رحمه الله) واذا أمر رجل رجلا أن يضمن لرجل ألف درهم وليس بخليط له فضمنها له فهي لازمة الكفيل يأخذه بها الطالب لانه التزمها وهو من أهله والمضمون ما يكون لازما في ذمته ويكون هو مجبرا علي أدائه فاذا أداها لم يرجع بها على الآمر لانه لم يأمره أن يضمن عنه ولم يشترط الكفيل لنفسه ضمانها عليه وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع فقال يرجع بها على الذى أمره لان أمره اياه بالضمان بمنزلة الاعتراف منه أن المال عليه وانه يلتزم المطالبة عليه من المال ويسقط المطالبة عنه بالاداء وقد بينا هذه المسئلة فأعادها فى الفروع ولم يذكرها فيما سبق وقال ان قال الكفيل اني لم أضمن لك دينا كان لك على أحد وانما ضمنت لك مالا لم يكن عليّ ولا على غيرى فان الطالب لا يكاف شيئا ولا يطالب منه تفسير وجه هذا المال من أين كان وكيف كان ولكن كان الكفيل يؤخذ بالضمان باقراره أو بالبينة التي قامت للطالب عليه بالضمان والكفيل هو الذى ضيع حقه حين كفل علي وجه لا يستطيع الرجوع به علي أحد وهذا لان مطلق العقود الشرعية محمولة علي الصحة وقد باشر الكفيل الكفالة ظاهرا ووجه صحتها أن يكون ملتزما للمطالبة بما هو واجب على الأصيل فيصير هو مقرا بذلك ثم هو بالكلام الثاني رجع عما أقر به أولا فيكون رجوعه باطلا واقراره وان لم يكن حجة على غيره فهو حجة عليه بمنزلة مالو قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا بها كفيل عنه بأمره وأنكر الاصيل ذلك كله فان المقر يطالب بالمال ولا يرجع به على أحد اذا أدى وكذلك لو قال رجل لآخر أكفل لفلان بألف درهم

ففعل أو قال احتال عليك فلان بألف درهم فأشهد له الآخر انه قال احتال عليه بألف درهم فالمال لازم للكفيل لمباشرته سبب الالتزام وهو الكفالة والحوالة وليس على الآمر من ذلك شئ لانه أمره بالكفالة عنه وليس من ضرورة أمره اياه بالكفالة والحوالة وجوب أصل المال عليه لان الكفالة والحوالة من المباشر كما تجوز بالمال الذى على الآمر لفلان تجوز بالمال الذي على غيره لفلان ويحتمل أن يكون الآمر رسول ذلك المطلوب اليه أو فضوليا أمره بذلك ومع الاحتمال لا يثبت المال عليه وكذلك لو كان الامر عبدا أو مكاتبا أو صبيا وان كان المأمور صبياً تاجرا لم يجب عليه الضمان لانه ليس من أهل الالتزام بالكفالة سواء كان المال علي الآمر أو غيره وان كان المأمور مرتدا فان أسلم فضمانه جائز عليه وان قتل على الردة فضمانه باطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله كسائر تصرفاته وان لحق بالدار فذلك بمنزلة موته فنقول ان رجع مستأمناً أخذناه بالضمان هكذا فى بعض النسخ من الاصل والصحيح فان رجع مسلما لان المرتد لا يعطى الامان واذا خرج مستأمنا قتل على الردة ان لم يسلم وكان الضمان باطلا عند أبى حنيفة رحمه الله واذا قال رجل لآخر اضمن لفلان ألف درهم التى له على أو قال أحلت لفلان عليك بألف درهم له على أو قال اضمن لفلان ألف درهم على أنها لك على أو قال على أنى ضامن لها أو قال على أنى كفيل بها أو قال على أن أؤديها اليك أو قال على أن أؤديها عنه فضمن له فهو جائز ويرجع به الكفيل على الامر اذا أداه لان فى كلام الآمر تصريحاً بوجوب المال عليه للطالب فيكون هذا أمرا منه للمأمور فى ذمته مما يؤديه من ماله أو التزاماً له ضمان ما يؤديه الى الطالب وذلك يثبت حق الرجوع له عليه اذا أدى واذا أمر رجل خليطا له أن يضمن لفلان ألف درهم فضمنها له والآمر مقر بأن الألف عليه فأدى الكفيل المال رجع به على الآمر استحسانا لان الخلطة بينهما تقوم مقام تصريحه بالامر بالكفالة عنه فان الخلطة بينهما مقصودة لهذا وهو أن يؤدي عنه ما عليه ليرجع به عليه فنزل ذلك منه منزلة قوله اضمن لفلان عنى والخليط عندنا هو الذى يأخذ منه ويعطيه ويداينه ويضع المال عنده وكل من فى عياله فهو بمنزلة الخليط نحو ابنه الكبير اذا كان فى عياله لانه يحفظ ماله في يده ولهذا لو وضع الوديعة عنده لم يكن ضامنا وكذلك ان أمر الابن أباه والابن كبير في عيال أبيه أو المرأة زوجها فهو مثل ذلك كل واحد منهما يحفظ ماله بيد صاحبه فذلك بمنزلة الخلطة بينهما واذا أحال رجل رجلا على رجل بألف درهم كانت للمحيل

على المحتال عليه فأداها فقال المحيل المال لي وقال المحتال المال لى فالقول للمحيل لان وجوب المال للمحيل على المحتال عليه معلوم ووجوب المال للمحتال غير معلوم وفى هذه الحوالة احتمال يجوز أن يكون المحتال وكيلا له فى قبضها من المحتال عليه ويجوز أن يكون مقصوده اسقاط مطالبة المحتال عن نفسه بمال كان له عليه فلا يجب المال بالشك للمحتال على المحيل ولا يثبت مع الاحتمال الا أدنى الامرين وهو أن يكون المحتال وكيلا للمحيل في قبض المال فاذا قبضها أمر بتسليمها اليه حتى يثبت دين نفسه على المحيل وكذلك لو قال له اضمن له ألفى التي لى عليك أو اكفل له بألفى التي لى عليك لانه ليس فى كلامه اقرار بوجوب المال للطالب على الآمر ويحتمل أن يكون وكيلا له فى قبضه من مديونه ولو أن رجلا أتى خليطا له فقال اضمن لفلان ألف درهم فضمنها له وأداها اليه فللآمر أن يأخذها من المضمون له وهو وكيل للآمر في ذلك وليس للكفيل أن يمتنع من دفعها الى المكفول لانه ليس في كلامه اقرار بوجوب المال المضمون له عليه والخلطة بين الآمر وبين الضامن لا بينه وبين المضمون له وتلك الخلطة لا تكون دليل وجوب المال المضمون له على الآمر فلهذا كان المضمون له وكيل الآمر اذا قبض المال أمر بالدفع اليه وليس للضامن أن يمتنع عليه من دفعها الى المضمون له لانه التزمها له بعقد الكفالة الا أن يحضر الآمر فان حضر وادعى أن المال له على المأمور كلف اقامة البينة على ذلك والا حلف المأمور وبرئ منهما فاذا حلف برئ من حق الآمر والمضمون له وكيل من جهته وبراءته عن مطالبة الموكل توجب البراءة من مطالبة الوكيل ضرورة لانه ادعى لنفسه دينا عليه فيحتاج الى اثباته بالبينة واذا لم يكن له بينة فالقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المأمور ليس بخليط للآمر كان الضمان جائزا لانه التزمه بعقد الكفالة والمال للمكفول له دون الامر لان المكفول له لا يمكن أن يجعل وكيلا للآمر هنا فان ذلك لا يكون الا بعد وجوب المال للامر على المأمور وليس فى لفظه مايدل على ذلك ولا يثبت بينهما بدل على أنه انما ضمن المال له وكان هذا التزاما من المأمور للمكفول له خاصة ولو كان الكفيل خليطا للمكفول له لم يرجع على الآمر بشئ لانه لا سبب بين الآمر وبين المأمور والخلطة التي بين الكفيل والمكفول له لا تكون دليلا على أن الآمر انما أمر المأمور بالضمان عنه فلهذا لا يرجع عليه بشئ الا فى قول أبي يوسف الآخر رحمه الله على ما بينا والله أعلم بالصواب

باب تكفيل القاضي في الدعوى

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل على رجل مالا عند القاضي فأنكره وسأل المدعى أن يأخذ له كفيلا منه بنفسه وادعى أن له بينة حاضرة أخذ له منه كفيلا معروفا بنفسه ثلاثة أيام وفي القياس لا يأخذ كفيلا لآخر بنفس الدعوى لايجب شيء على الخصم لكون الدعوى خبرا محتملا للصدق والكذب وفي الاجبار على اعطاء الكفيل إلزام شيء أباه وانما تركنا القياس للتعامل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فان القضاة يأمرون بأخذ الكفيل من الخصوم من غير نكير منكر ولازجر زاجر وفيه نظر للمدعي لانه اذا أحضر شهوده فلابد من حضور الخصم ليشهدوا عليه وربما يهرب أو يخفى شخصه فيعجز المدعى عن اثبات حقه عليه وفي أخذ الكفيل بنفسه ليحضره نظر للمدعى ولا ضرر فيه على المدعى عليه فهو نظير الاستحلاف والخصم يستحلف عند طلب المدعى بعد انكاره وان لم يتوجه له حق في تلك الدعوى ولكن فيه منفعة للمدعى من غير ضرر فيه على الخصم اذا كان محقا في انكاره وكذلك الاشخاص الى بابه يثبت بنفس الدعوى بما لها من النظر للمدعى فكذلك أخذ الكفيل وشرط أن يكون الكفيل معروفا لان مقصود المدعي لايحصل بالمجهول فقد يهرب ذلك المجهول مع الخصم والتعذير بثلاثة أيام ليس بلازم ولكن يأخذ كفيلا الى المجلس الثاني وقد كان القاضي فيهم يجلس بنفسه كل ثلاثة أيام وان كان يجلس في كل يوم فربما يعرض للمدعى عارض فيتعذر الحضور في المجلس أو المجلسين وانما أخذ الكفيلين لنظر المدعى فيؤخذ الكفيل علي وجه لايؤدى الي التعنت في حق المدعي وان قال بينتي غيب لم يأخذ له منه كفيلا لانه لافائدة في أخذ الكفيل هنا فالغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب يؤب وان أراد المدعى استحلاف الخصم يمكن منه في الحال فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل وكذلك ان أقام شاهدا واحدا لان بالشاهد الواحد لايثبت للمدعى شيء كما يثبت بنفس الدعوى وان قال لا بينة لي وأنا أريد أن أحلفه فخذ لي منه كفيلا لم يأخذ منه كفيلا ولكنه يستحلفه مكانه لان حكم اليمين لايختلف باختلاف الاوقات والقاضي مأمور بفصل الخصومة في أول أحوال الامكان وذلك في أن يستحلفه للحال بكون المدعى طالبا لذلك فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل وان قال بينتي حاضرة فخذلي منه كفيلا فقال المطلوب له ولي كفيل فانه يأمر الطالب أن يلزمه ان أحب حتى يحضر شهوده لان الملازمة فعل متعارف قد كان علي عهد

رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم مرّ على أبيّ بن كعب رضي الله عنه وهو يلازم غريما له الحديث وليس تفسير الملازمة أن يقعده في موضع ويقعد الى جنبه فان ذلك حبس وليس له ذلك قبل أن يثبت دينه عليه ولكن (تفسير الملازمة) أن يدور معه حيثما دار فاذا دخل على أهله قعد من يلازمه على باب داره وان كان يخاف أن يهرب من جانب آخر فاما أن يقعد معه على باب داره حيث يراه أو يأذن له في أن يدخل معه ليلازمه اذ المقصود هو الامن من هروبه والتمكن من احضاره اذا أحضر شهوده ولا يحصل الا بذلك وان أحب أن يستحلفه فعل لان اليمين حق الدعوى قبل المدعى عليه وله فيه غرض صحيح وهو التوصل الى حقه في أقرب الاوقات بنكوله وفيه اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهما الله وموضع بيانه شرح أدب القاضي للخصاف رحمه الله ولا ينبغي أن يسجنه لان الحبس أقوى العقوبات في دعوى المال فلا يثبت بمجرد الدعوى قبل أن يثبت المال عليه وان قال الطالب خذ لي منه كفيلا بالعين التي ادعيتها في يده أخذ له كفيلا بها أيضا لانه لا تمكن من إقامة البينة الا باحضار العين وربما يخفيها الخصم ولا وجه لاخراجها من يده قبل اقامة المدعي حجته وكان أخذ الكفيل بها وأخذ الكفيل بنفسه سواء وان كان الكفيل بنفسه وبذلك الشيء واحدا جاز لان المقصود حاصل وان أراد الطالب كفيلا بنفسه ووكيلا في خصومته فان القاضي يأمر المطلوب أن يعطيه ذلك ثلاثة أيام هكذا قال هنا لان الخصم ربما لا يبالي بالكفيل بالنفس ويهرب فلا تمكن المدعي من اثبات حقه بالبينة على الكفيل وفي الزيادات قال لا يجبر على اعطاء الوكيل في خصومته هذا هو الاصح لان المدعى عليه يقول أنا أهدي الى الخصومة من غيري خصوصا في هذه الحادثة وربما لا ينظر الوكيل ولا يشتغل بالدفع بما أشتغل به اذا حضرت ففي الاجبار على اعطاء الكفيل اضرار به والقاضي ينظر لأحد الخصمين على وجه لا يضر بالآخر فاذا أراد الطالب أن يكون ضامنا لما قضى له عليه فان القاضي لا يجبر المطلوب على ذلك لان بعد اثبات الدين لا يجبر الخصم على اعطاء الكفيل به فقبل اثباته أولي وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى عينا فان هناك لا يتمكن من اثبات المدعى الا باحضار العين وهنا يتمكن من اثبات الدين عند احضار الخصم وانما الكفيل بالمال هنا للتوثق لجانب المطالبة ولم تتوجه له مطالبة بالمال قبل اثباته فكيف يجبر على اعطاء الكفيل به وان بعث القاضي مع الطالب رسولا يأخذ له كفيلا فكفل به الكفيل

الطالب أو أحضره القاضي فكفل عنده ثم رده الكفيل الى الطالب برئ لان الكفالة كانت له وقد أوفاه حقه حين سلم نفس الخصم اليه وان كانت الكفالة للقاضي أو لرسوله الذى كفل له به وقال زفر رحمه الله يبرأ لان الكفالة للطالب فى الوجهين جميعا فانها تنبنى على دعواه ولكنا نقول المقصود لايعتبر مع التصريح بخلافه وقد صرح الكفيل بالتزام النفس الى القاضي أو الى رسوله فلا يبرأ بدونه وان كفل له بنفسه الى ثلاثة أيام فتغيب الطالب فالكفيل علي كفالته حتي يدفع صاحبه اليه ويبرأ منه لان التزام التسليم اليه لايبرأ بمضي الوقت بدون الوفاء بما التزم والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر مطلوبا كان أو طالبا والمستأمن والذمى والمرتد فى جميع ذلك بمنزلة الحر المسلم لان الكفالة بالنفس تنبنى على الدعوى والدعوى صحيحة من هؤلاء وعليهم وان قدم رجل مكاتبه الى القاضي وادعى مضى أجل الكتابة وقال بينتى حاضرة فخذلى منه كفيلا بنفسه لم يأخذه لانه عبده والمولى لايستوجب على عبده حقا قويا يصح التزامه بالكفالة (ألا ترى) أنه لو كفل عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة الذى عليه لم يجز ذلك وكذلك لايأخذ كفيلا بنفسه فى دعوى ذلك قبله (ألا ترى) أن المكاتب يتمكن من أن يعجز نفسه فلايطالب بشئ من ذلك وكذلك لو ادعى على عبد له تاجر دعوى وعليه دين أو لادين عليه فان المولى لايستوجب على عبده دينا ولو ادعى المكاتب قبل مولاه دينا فانه يؤخذ للمكاتب كفيل بنفس المولى لانه يستوجب قبل مولاه من الحق مايستوجبه قبل غيره (ألا ترى) أنه لو كفل كفيل بالدين الذى له على مولاه جاز فكذلك يؤخذ له الكفيل بنفسه وكذلك العبد التاجر يدعى قبل مولاه دينا وعلى العبد دين لان كسبه حق غرمائه فهو يستوجب قبل مولاه حق غرمائه وان لم يكن على العبد دين لم يؤخذ له من مولاه كفيل لان كسبه خالص حق المولى ولا حق له قبل مولاه اذا لم يكن عليه دين وان ادعى رجل دعوى والمدعى عليه محبوس فى حق رجل فأراد الطالب أن يخرجه من السجن حتى يخاصمه فقال الذى حبسه خذ لي منه كفيلا بنفسه فيما لى عليه فانه يخرجه له ويخاصمه وهو معه حتى يرده الى محبسه ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه لانه فى يده وهو محبوس معناه انما يخرجه مع أمينه وهو فى السجن محبوس فى يد أمينه فكذلك اذا أخرجه ولا غرض للطالب هنا فى المطالبة بالكفيل سوى التعنيت فلا يجبسه القاضى الى ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى الكفالة بالنفس لا يجعل لها أجلا انما ذلك على قدر خلوصه الى القاضى

حتى اذا كان يمكنه من التقدم الى القاضي فى أكثر من ثلاثة أيام جاز ذلك على أكثر من ثلاثة أيام وهذا عندهم جميعا لان المعتبر توفير النظر على المدعى واذا كانت الدعوى فى شيء بعينه نخفت أن يغيبها المطلوب وكانت غير معينة وضعتها على يدى عدل ولم أجعل لذلك وقتا وجملته بمنزلة الكفالة لان فى التعديل هنا معنى النظر للمدعى وليس فيه كثير ضرر على المدعى وقد بينا انه يأخذ كفيلا بتلك العين ولكن المقصود ربما لا يتم بأخذ الكفيل بأن يغيبها الخصم ولم يعرف الشهود أوصافها فلا يتمكنون من أداء الشهادة فان كان ذلك مما يعرفه الشهود أو مما لا يمكن تعيينه أصلا لم يضعه على يدى عدل لان النظر يتم بأخذ الكفيل بمحضر من ذلك الشيء وأما العقار فليس فيه كفالة ولا يوضع علي يدي عدل حتى يقيم البينة لان تعيينه غير ممكن ولا حاجة الي احضارها الاقامة البينة وانما اقامة البينة بذكر الحدود فان قامت بينة وكانت أرضا فيها نخيل تمر فلا بد من أن يوضع هذا على يدى عدل اذا خيف علي المطلوب استهلاكه لانه لما أقام البينة فقد ثبت حقه من حيث الظاهر (ألا ترى) انه لو قضى القاضي له قبل أن تظهر عدالة الشهود بعد قضائه فمن تمام النظر له أن يوضع على يدى عدل لكيلا يتمكن المطلوب من استهلاكه ويؤخذ الكفيل في دعوى الدين وفى العتق والطلاق وجميع أجناس حقوق العباد مما لا يندرىء بالشبهات واذا ادعى المدعى ألف درهم وقال سله أيقر بمالى أو ينكره فانه ينبغى للقاضى أن يسأله عن ذلك ليعلم المدعى انه بماذا يعامله الناس فان أنكر قال للمدعى أحضر بينتك وان لم يقر ولم ينكر قال للمدعي أحضر البينة لان الساكت بمنزلة المنكر وان لم يكن للمدعى بينة وطلب يمينه فان كان أنكر استحلفه القاضى له وان لم يقر ولم ينكر فقد روى عن أبى حنيفة رحمه الله أن القاضي لا يستحلفه ولكن يحبسه ليتجنب خصمه لان الاستحلاف لترجح جانب الصدق فى انكار المدعى عليه فلا معنى للاشتغال به قبل انكاره وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أن القاضى يستحلفه لان سكوته قائم مقام الانكار شرعا حتى يقبل عليه البينة بعد سكوته فكذلك يعرض اليمين على الساكت حتى يقضى عليه بالنكول لحق المدعى ولا ينبغى للقاضى أن يحبسه حتى يقر أو ينكر ولا يجبره على ذلك لانه ما ثبت عليه شيء بمجرد سكوته فلا يعاقبه بالحبس والمقصود حاصل من غير أن يجبره على الانكار لان سكوته قائم مقام انكاره فان المنكر ممتنع والساكت كذلك وان قال المطلوب للقاضى سل الطالب من أى وجه يدعى على هذا المال سأله من غير أن يجبره على ذلك فان

أبى أن يبين وجهه سأله البينة لانه بدعوى المال قد تم ما كان محتاجا اليه من جانبه وربما يضره بيان الجهة وليس للقاضي أن يجبر أحدا على مايضره ولا أن يحبسه اذا امتنع من ذلك ولكن يسأله البينة فان لم تكن له بينة استحلف المطلوب بالله ماله قبله هذا الحق ولا شئ منه فان حلف دعا المدعى ماعلى شهوده وفى هذا بيان ماان للمدعى أن يستحلف الخصم وان كان شهوده حضورا وهو قولهما فأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يستحلفه اذا زعم المدعى أن شهوده حضور هكذا ذكره فى النوادر لان مقصود المدعى من ذلك هتك ستر المدعى عليه وافتضاحه واذا شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال أحدهما هى بيض وقال الآخر سود وللبيض صرف على السود فان ادعى الطالب البيض أو ادعى المالين جميعا قضيت له بالسود لاتفاق الشاهدين على ذلك لفظا ومعنى فان البياض صفة زائدة لا تثبت بشهادة أحدهما وتبقى شهادتهما على أصل الالف فيقضى بالقدر المتيقن وهو الشهود وان ادعى المدعى السود بطلت شهادة الشاهد على البيض لانه أكذبه فى ذلك ولا يقضى له بالسود حتى يحضر شاهدا آخر عليها وكذلك لو أشهد بكر حنطة فقال أحدهما جيد والاخر ردىء أوشهد أحدهما بكر حنطة والآخر بكر شعير لم يقض القاضى بشئ لان لكل واحد من الجنسين شاهدا واحدا والمدعى انما يدعى أحدهما فيكون مكذبا أحد شاهديه ولو ادعى عليه مائة درهم فشهد له بها شاهد والآخر بمائتين لم تقبل الشهادة في قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما تقبل على مقدار المائة وهذا بناء على ما سبق ان عندهما الموافقة بين الشاهدين معنى يكفى لقبول الشهادة وعند أبى حنيفة رحمه الله يعتبر اتفاقهما فى اللفظ والمعنى جميعا ولو ادعى مائة وخمسين فشهد له أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين جازت شهادتهما على المائة لانهما اتفقا عليها لفظا ومعنى وانما تفرد أحدهما بزيادة الخمسين وهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر ولو ادعى خمسة عشر فشهد له شاهد بعشرة والآخر بخمسة عشر لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله فى شئ لان هذا كله اسم واحد لقدر معلوم بدليل انه خلا عن حرف العطف فهو كالمائة والمائتين وعندهما تقبل الشهادة على الاقل فى جميع ذلك وهو قول شريح رحمه الله فانه شهد عنده شاهدان أحدهما بتسعمائة والآخر بثمانمائة فقضى شريح رحمه الله بالاقل وروى نحو ذلك عن الحسن وابراهيم رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله سمعت ابن أبى ليلى رحمه الله يقول شهادة أهل الاهواء جائزة وقد بينا هذا في كتاب الشهادات انه قول علمائنا رحمهم

الله و بين المعنى فيه فقال انما الهوى شئ افتتن به رجل فأخطأ فى ذلك فلا ينبغى أن نبطل به شهادته وانما دخلوا في الهوى لشدة المبالغة فى الدين فانهم عظموا الذنوب حتى جعلوها كفرا فيؤمن عليهم شهادة الربا (ألا ترى) أن أعظم الذنوب بعد الكفر القتل ثم دماء أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم أعظم الدماء وقد قتل بعضهم بعضا فلو شهد بعضهم على بعض أما كان تجوز شهادتهم الا الخطابية وهم صنف من الروافض فانهم بلغنى أن بعضهم يصدق بعضا بما يدعى ويشهد له به اذا حلف عنده انه محق فهذا متهم فى شهادته فلا أقبل شهادته لهذا واذا ادعى رجل قبل رجل ألف درهم وقال خمسمائة منها من ثمن عبد قد قبضه وخمسمائة من ثمن متاع قبضه وجاء بشاهدين فشهد أحدهما على خمسمائة ثمن عبد وشهد الآخر على خمسمائة ثمن متاع قد قبضه فانه يجوز من ذلك خمسمائة لان البيع انتهى بتسليم المعقود عليه وانما دعواه دعوى الدين فهو كما لو ادعى ألفا وشهد له الشاهدان بخمسمائة ولو شهد شاهدان أن لرجل على رجل ألف درهم وشهد أحدهما انه قبض منها خمسمائة وأنكر الطالب قبضها فشهادتهما بالف جائزة لانهما اتفقا على وجوبها وانما تفرد أحدهما بالشهادة بشئ آخر وهو أنه قضاه خمسمائة ولو قضاه جميع المال لم يبطل به أصل الشهادة فهذا مثله وعن زفر رحمه الله أن هذه الشهادة لا تقبل لان المدعى مكذب أحد شاهديه ولكنا نقول هو غير مكذب له فيما شهد له به وانما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يضره فكل أحد يصدق الشاهد فيما شهد له به ويكذبه فيما شهد عليه أرأيت لو شهد أحدهما انه أجره سنة أ كنت تبطل شهادته على أصل المال بذلك ولو شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال الطالب انما لى عليك خمسمائة وقد كانت ألفا فقبضت منها خمسمائة ووصل الكلام أو لم يصل فان شهادتهما جائزة بخمسمائة لانه لم يكذبهما بل وفق بين دعواه وشهادتهما بتوفيق محتمل فقد يستوفى المدعى بعض حقه ولا يعرف الشاهد بذلك ولو قال لم يكن لى عليك قط إلا خمسمائة أبطلت شهادتهما لانه قد أ كذبهما فيما يشهدان له من الزيادة ولو شهدا على رجل لرجل بألف درهم من ثمن جارية قد قبضها المشترى فقال البائع قد أشهدهم المشترى بهذه الشهادة والدين باق عليه من ثمن الدين متاع أجزت شهادتهما لما بينا أن المبيع اذا كان مقبوضا فالعقد فيه منتهى وانما دعواه دعوى الدين وقد صدق الشهود فى ذلك ولو قال لم يشهدهما بهذا ولكن أشهدهما أنه من ثمن متاع أبطلت شهادتهما لانه أ كذبهما فيما شهدا له به وأقر عليهما بالغفلة والنسيان ولو شهد أنه

كفل له بألف درهم عن فلان كان له أن يأخذه بالمال لانه ماأكذبهما في الشهادة ويجعل ما ثبت بشهادتهما كالثابت باقرار الخصم ولو قال لم يقر بهذا وانما أقرانها كانت عن فلان بطلت شهادتهما لانه قد أكذبهما ولو أنكر المطلوب أن يكون للطالب عليه شئ فشهد له شاهدان بألف درهم فجاء المطلوب بشاهدين يشهدان بالبراءة منها والدفع اليه أجزت ذلك لانه لا منافاة بين انكاره للمال في الحال وبين ماادعى من الابراء والايفاء وكذلك لو قال لم يكن له على شئ قط ثم أقام البينة على الابراء والايفاء وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول هنا لا تقبل بينته لكونه مناقضا في دعواه ولكنا نقول هو غير مناقض لانه يقول ما كان له على شئ قط ولكن افتديت نفسي من المال الذى ادعاه علي أو سألته أن يبرئني ففعل ذلك والبينة حجة فلا يجوز ابطالها مع العمل بها ولو كان قال لم أدفع اليه شيئا أولم أقبضه شيئا أو لم أعرفه أولم أكلمه أولم أخالطه لم أقبل منه البينة بعد ذلك علي دفع المال لان ما تقدم من كلامه اكذاب منه لشهوده وشهادة الشاهدين على البراءة في دين أو كفالة وقد اختلفا في الوقت أو المكان جائزة لان البراءة جائزة باقرار من الطالب فلا يضرهم الاختلاف في المكان أو الزمان ولو كانوا كفلاء ثلاثة بعضهم كفيل عن بعض فشهد اثنان علي واحد أنه دفع المال الذى عليهم لم تجز شهادتهما لانهما ينفعان أنفسهما بذلك وهو اسقاط مطالبة الطالب عنهما ولم يرجع عليهما المشهود له بشئ لانهما لم يبرآ من شئ من حق الطالب وانما يرجع الكفيل على الاصيل اذا استفاد الكفيل البراءة من حق الطالب فاذا لم يوجد ذلك لم يرجع عليهما بشئ والله أعلم

باب مايصدق فيه الدافع من قضاء الدين

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ثلثمائة درهم كل مائة منها في صك فصك منها قرض وصك كفالة عن رجل وصك كفالة عن آخر فدفع المطلوب مائة درهم الى الطالب وأشهد أنها من صك كذا فهي من ذلك الصك لانه هو المعطي وقد صرح في الاعطاء بالجهة التي أعطى بها المال فتصريحه بذلك نفي منه الاعطاء بسائر الجهات ولا معارضة بين النافي والمثبت وكذلك ان لم يشهد عند الاعطاء فوقع الاختلاف بينه وبين الطالب في الجهة التي أعطى بها فالقول قول المطلوب لانه هو المالك لما أدى من الطالب والقول في بيان جهة الطالب للتمليك قول المملك لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول مايقوله البائع وهذا لانه

لو أنكر التمليك أصلا كان القول قوله فكذلك اذا أقر بالتمليك من جهة دون جهة وهذا
لان المديون انما يقضي الدين بملك نفسه والانسان مطلق التصرف فى ملك نفسه مقبول البيان
فيه فى الانتهاء كما في الابتداء اذا كان مفيدا له وهذا بيان مفيد فربما يكون ببعض المال رهن
فتعين المدفوع مما به الرهن ليسترد الرهن وربما يكون ببعض المال كفيل فتعجل المكفول
له من ذلك ليبرئ كفيله وان مات الدافع قبل أن يقول شيئا من ذلك كانت المائة من كل
صك ثلاثة لانه ليس جعل المدفوع من بعضها بأولى ببعض ولا بيان فى ذلك لورثته لانهم
انما يخلفونه فيما صار ميراثا لهم والمال الذى قضى به دينه لم يصر ميراثا لهم لانه مجرد رأى كان
له فى التعيين فلا يصير ميراثا وهو حق البيان لما أراده عند الاعطاء ولا طريق لورثته الى
معرفة ذلك فلا يقومون فيه مقامه كحق البيان فى العتق المبهم وكذلك ان مات الدافع والمدفوع
اليه واختلفت الورثة فانها من كل صك ثلاثة الى أن تقوم البينة علي شئ كان من الدافع قبل
موته فيها تعين بعض الجهات فيجعل الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو يتصادق الورثة كلهم
علي شي يعنى ورثة الدافع والمدفوع اليه لان الحق لهم فاذا تصادقوا على شئ كان ذلك كالثابت
بالبينة أو يكون القابض حيا فيقول شيئا فتصدقه ورثة الدافع فى ذلك ولو كان لرجل علي رجلين
ألف درهم فى صك ثم ان أحدهما كفل عن صاحبه بأمره ثم أدى خمسمائة مما فى الصك فجعله
من حصة المكفول عنه عند الدافع أو بعد الدفع فذلك صحيح والقول فيه قوله ويرجع بها
المكفول عنه لانه هو المالك لما أدى وهذا البيان منه مفيد فاذا قبل منه كان مؤديا دين الكفالة
فيرجع على الاصيل لانه كفل عنه بأمره ولو لم يؤد شيئا حتى كفل الآخر عنه أيضا بأمره
فصار كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه أو كانت الكفالة علي ذلك فى أصل الصك فى عقد البيع
أو القرض فأيهما قضى شيئا فهو من حصته خاصة دون حصة صاحبه حتى يؤدى حصته لانه
لا فائدة له فى أن يجعل المؤدي عن صاحبه لا من جهة صاحبه بأن يقول أنا كفيل عنك
بأمرك وأداؤك عني كأدائي بنفسي فكان لى أن أجعل المؤدى عنك فأنا أجعله الآن عنك فلا
يزال يدور كذلك بخلاف ما سبق فالمؤدي هناك اذا جعل المؤدى عن صاحبه لا يكون لصاحبه
أن يعارضه فيجعل المؤدى عنه لان صاحبه ليس بكفيل عنه فان أدى زيادة على مقدار حقه
كانت مما كفل به عن صاحبه لان صاحبه لا يتمكن فى معارضته من هذه الزيادة وقد استفاد
البراءة عن حصته بأدائه وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك ان شرط عند الاداء

للنصف أن يؤدى ذلك من حصة صاحبه فانه لا يكون من حصته حتى يؤدى زيادة على النصف لان هذا الشرط حق لا يفيده شيئا فان صاحبه يعارضه بجعل المؤدى عنه. ولو كان ثلاثة نفر عليهم ألف درهم من ثمن بيع وبعضهم كفلاء عن بعض كان ماأدى أحدهم من حصته الى الثلاث فاذا جاوز الثلاث كانت الزيادة من حصة صاحبه لا يستطيع أن يجعلها من حصة أحدهما دون الآخر لان كل واحد من الآخرين كفيل عن صاحبه كما أنه كفيل عنهما فاذا جعل الزيادة من حصة أحدهما كان للمجعول ذلك من حصته أن يجعله من حصة الآخر بالطريق الذى بينا فتحققت المعارضة بينهما فلهذا كانت الزيادة من النصيبين جميعا فيرجع على كل واحد منهما بنصف ذلك كما هو قضية المعارضة والمساواة ولو كانوا مكاتبين ثلاثة بعضهم كفلاء عن بعض فأدى بعضهم طائفة من الكتابة كان ذلك من حصتهم جميعا قل المؤدى أو كثر ولو جعلها المؤدى من حصته أو حصة صاحبيه أو أحدهما يجوز ذلك لانهم كشخص واحد فى حكم هذه المكاتبة اذ لو لم يجعلهم كذلك لم يصح فان الكفالة من المكاتب والكفالة ببدل الكتابة لا تكون صحيحة والمكاتب الواحد لو أراد أن يجعل المؤدى عن بعض نفسه دون بعض لم يكن ذلك شيئا فهذا مثله بخلاف ماسبق فهنالك كل واحد منهم أصل فى بعض المال كفيل فى البعض لان ذلك في ثمن المبيع صحيح من الاحرار * توضيح الفرق ان في جعل المؤدى من نصيب المؤدى خاصة فى باب الكتابة ابطال شرط المولى لانه شرط أن لا يعتق واحد منهم حتى يصل اليه جميع المال فاذا أدى أحدهم الثلث وجعلنا ذلك من نصيبه خاصة عتق هو لانه برئ مما عليه من بدل الكتابة وبراءة المكاتب على أى وجه كان توجب العتق وفى هذا ابطال شرط المولي فلهذا كان المؤدى عنهم جميعاً وذلك لا يوجد فى ثمن المبيع لانا وان جعلنا المؤدى هناك من نصيب المؤدى خاصة يبقى البائع فى حبس المبيع الى أن يصل اليه الثمن فجعلنا ذلك من حصته مالم يزد المؤدى على الثلث ولو كان لرجل دين مائة درهم وله عنده وديعة مائة درهم فدفع اليه مائة درهم فقال الطالب هى وديعتى وقال المطلوب هلكت الوديعة وهى من الدين الذى كان لك فالقول قول الدافع مع يمينه لان الاختلاف بينهما فى الملك المدفوع وقد كان ذلك فى يد الدافع فيكون القول قوله فى انه ملكى ولانه أمين فى الوديعة مسلط على مايخبر به من هلاكها فيثبت القول بهلاك الوديعة ويبقى الدين وقد دفع الى الطالب مثل الدين على جهة قضاء الدين فتبرأ ذمته من ذلك بعد أن يحلف على مايدعى من

هلاك الوديعة والكفالة بالمال فى المرض بمنزلة الوصية حتى يبطل لمكان الدين المحيط بالتركة ويبطل اذا وقعت لوارث أوعن وارث ويبطل فيما زاد على الثلث اذا كان لاجنبي لانه التزم المال على وجه التبرع فيكون بمنزلة تمليك المال فى مرضه على وجه التبرع الا أن يبرأ من مرضه فحينئذ يكون صحيحا على كل حال لان المرض يتعقبه برؤه بمنزلة حال الصحة فان مرض الموت ما يتصل به الموت وما لا يكون مرض الموت لا يكون مغيرا للحكم فانما لا تصح الكفالة من المريض للوارث وعن الوارث لان فيه منفعة للوارث وهو محجور عن القول الذى فيه منفعة لوارثه فيما يرجع الى المال ولو كفل المريض عن رجل بألف درهم وأقر بدين يحيط بماله فلا شيء للمكفول له لان الكفالة تبرع واصطناع معروف كالهبة والدين مقدم على الهبة فى المرض سواء كان بالاقرار أو بالبينة ولو كان له ثلاثة آلاف درهم فكفل بألف درهم ثم مات جاز ذلك وأخذ من ماله ألف لخروج المكفول به من ثلث ماله ثم يرجع ورثته على المطلوب اذا كان كفيلا بأمره كما لو أدى بنفسه فى حياته واذا كانت الكفالة منه فى الصحة بألف درهم فمات الكفيل وعليه دين فضرب المكفول له بدينه مع غرمائه وأصابه خمسمائة ثم مات المكفول عنه وعليه دين ضرب المكفول له فى ماله بالخمسمائة التى بقيت له لبقاء ذلك القدر له فى ذمة الاصيل بعد ما استوفى الخمسمائة من تركة الكفيل وضرب وارث الكفيل بالخمسمائة دراهم التى أدى لانه كان أدى بحكم الكفالة عنه بأمره فكان ذلك دينا عليه فما أصاب وارث الكفيل فانه يقسم بين غرماء الكفيل بالحصص ويضرب المكفول له بما بقى له أيضا (وهذه) هى المسئلة التى بينا فيما سبق أن فى هذا جذر الاصم وأنه لا وجه لتخريجها الا بطريق التقريب فان ما يستوفى المكفول له ثانيا مما فى يد الوارث للكفيل يرجع به وارث الكفيل فى تركة المكفول عنه أيضا فتنتقض القسمة الاولى ولا يزال يدور هكذا الى أن ينتهى الى ما لا يمكن ضبطه ولو أن متفاوضين عليهما ألف درهم ماتا جميعا وتركا ألفا وعلى كل واحد منهما ألف درهم مهر امرأته قسم المال بينهما نصفين ولم يضرب الطالب فى مال أيهما شاء بألف درهم لان كل واحد منهما مطلوب بجميع الالف بعضها بجهة الاصالة وبعضها بجهة الكفالة فيضرب بجميع الالف فى تركة أيهما شاء وتضرب امرأته بمهرها أيضا ثم يضرب مع امرأة الآخر بما بقى وتضرب هى بألف درهم هكذا ذكره شيخ الاسلام جواهر زاده وتضرب هى بالذى بقى لها من مهرها ولا ترجع الورثة بالذى أخذ منه أول مرة فى مال الثانى بشيء الا أن يكون الطالب أصاب

من ماله أكثر من النصف لانه فى مقدار النصف هو أصيل فان كان المقبوض النصف أو مادونه لاترجع ورثته فى تركة الآخر بشئ من ذلك وان كان أكثر من النصف فحينئذ يضربون بالفضل لانهم أدوا ذلك بجهة كفالة صاحبهم عن شريكه بأمره فاذا قبضوا شيئا من ذلك كان المقبوض لامرأته وللطالب ان بقى له شئ بالحصص ثم عند ذلك يعود الجذر الاصم وما لا طريق الى معرفته الا من الوجه الذى قدرنا ان كل مايستوفيه الطالب يثبت لهم حق الرجوع به فى تركة الشركة فتنتقض به القسمة الاولى والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ادعاء الكفيل أن المال من ثمن خمر أو ربا

(قال رحمه الله) واذا كفل رجل عن رجل بألف درهم بأمره ثم غاب الاصيل فادعى الكفيل أن الألف من ثمن خمر فانه ليس بخصم فى ذلك لانه التزم المطالبة بكفالة صحيحة والمال يجب على الكفيل بالتزامه بالكفالة وان لم يكن واجبا على الاصيل (ألا ترى) انه لو قال لفلان على ألف درهم وأنا بها كفيل بأمره وجحد الاصيل ذلك فان المال يجب على الكفيل وان لم يكن على الاصيل شئ فبهذا تبين أنه ليس فى ادعائه أن المال من ثمن خمر أو مايسقط المال عنه فلا يكون خصما فى ذلك وهو مع هذا مناقض في دعواه لان التزامه بالكفالة اقرار منه أن الاصيل مطالب بهذا المال والمسلم لايكون مطالبا بثمن خمر فيكون مناقضا في قوله ان المال من ثمن خمر والدعوى مع التناقض لاتصح حتى انه لو جاء بالبينة على اقرار الطالب بذلك لم تقبل بعد أن يكون الطالب يجحد ذلك ولو أراد استحلاف الطالب لم يكن عليه يمين لان توجه اليمين وقبول البينة تنبنى على دعوى صحيحة الا أن يقر الطالب بذلك فحينئذ هو مناقض ولو صدقه خصمه فى ذلك والتصديق من الخصم صحيح مع كونه مناقضا فى دعواه ثم ان أصل سبب التزام المال جرى بين المطلوب والطالب والكفيل ليس بخصم فى ذلك العقد ويدعى معنى كان فى ذلك العقد حتى اذا ثبت ذلك ترتب عليه خروجه من أن يكون مطالبا بالمال ولا يمكن اثبات ذلك بالبينة لانها بينة تقوم للغائب والبينة للغائب وعلى الغائب لاتقبل اذا لم يكن عنه خصم حاضر وهو بمنزلة المشتري للجارية اذا ادعى انها زوجة لفلان الغائب وأراد اقامة البينة علي ذلك ليردها بالعيب لايكون خصما فى ذلك فهذا مثله (والحوالة) في هذا كالكفالة وكذلك ان كان كل واحد منهما ضامنا عن صاحبه لان أصل المال على غير

هذا الكفيل فهو لا يكون خصما فيما على غيره فهذا تنصيص على ماأشرنا اليه فى أن الطريق الاصح فى الكفالة أن الكفيل يلتزم المطالبة بما على الاصيل ولا يلتزم أصل المال في ذمته ولو أدى الكفيل المال الى الطالب وغاب الطالب وحضر المكفول عنه فقال المال من ثمن خمر وجاء بالبينة لم يكن بينه وبين الكفيل خصومة في ذلك ويدفع المال الى الكفيل لانه التزم المال بأمره وأدى ثم يرجع عليه كيف كان ذلك المال ويقال للمكفول عنه اطلب صاحبك تخاصمه وهذا لما بينا انه يدعي سببا فى تصرف جرى بينه وبين الغائب وهذا الحاضر ليس بخصم عن الغائب أو لانه مناقض فانه أمره أن يلتزم المطالبة التى هى متوجهة عليه بجهة الكفالة ولو أقر الطالب عند القاضى أن ماله عنده من ثمن خمر فهذا مثله وهو اقرار ببراءة الاصيل وهو بمنزلة مالو قال لم يكن لى على الاصيل شئ وذلك يوجب براءة الكفيل والاصيل (ألا ترى) انه لو أبرأ الاصيل برئ الكفيل فاذا نفى أصل المال من الاصيل باقراره أولى أن يبرأ الكفيل فان أقر الطالب بذلك وأبرأ القاضى الكفيل ثم حضر المكفول عنه فاقر ان المال الذى عليه قرض لزمه المال ان صدقه الطالب بذلك لتصادقهما على أن وجوب المال له عليه بسبب صحيح ولا يصدقان علي الكفيل لان قولهما ليس بحجة على الكفيل وقد استفاد الكفيل البراءة بما سبق من اقرار الطالب ويجعل هذا من المطلوب بمنزلة اقراره للطالب ابتداء بدين آخر سوى الدين كان كفل به الكفيل ولو أن مسلما باع مسلما خمرا بألف درهم ثم أحال مسلما عليه بها بطلت الحوالة ولو أحاله بألف درهم فجعلها له بذلك ثم غاب المحيل وقال المحتال عليه المال الذي على من ثمن خمر وأقام البينة فلا خصومة بينه وبين الطالب فى ذلك لانه التزم المال بالحوالة فعليه أداء ماالتزم وهو انما يدعى سببا مبطلا بعقد جرى بينه وبين الغائب وهذا الحاضر ليس بخصم عنه فى ذلك فاذا دفع المال ثم حضر المحيل خاصمه ان أقام عليه بينة بذلك رجع عليه بالمال لانه قبل الحوالة بأمره وأدى واستوجب الرجوع عليه فكان تقع المقاصة بما للمحيل عليه فاذا تبين أنه لم يكن للمحيل عليه شئ كان له أن يرجع عليه بالمال وان لم يؤد المال حتى يحضر المحيل تخاصمه وجاء بالبينة أنها من ثمن خمر أبطلها القاضي عن المحتال عليه لانه قبل الحوالة مقيدة بالمال الذي للمحيل عليه وقد تبين انه لم يكن للمحيل عليه شئ فكانت الحوالة باطلة وان كان أحاله عليه حوالة مطلقة بألف درهم لم يبرأ منها ولكنه يؤديها ويرجع بها لان الحوالة المطلقة لاتستدعى مالا للمحيل على المحتال عليه ولا فى يده الا أنه اذا كان

للمحيل على المحتال عليه لم يرجع به عليه واذا كانت مطلقة يؤدى المال ثم يرجع بمثلها عليه واذا باع الرجل رجلا عبدا بألف درهم ثم أحال البائع غريمه على المشترى بالمال الذى باعه به العبد ثم استحق العبد أو وجد حرا فان القاضى يبطل الكفالة والحوالة لانه ظهر انه أحال عليه بمال ولا مال ولو رد بعيب بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى لم تبطل الحوالة والكفالة وكذلك لو مات العبد قبل القبض وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله تبطل الحوالة اذا كانت مقيدة *وجه قوله ان الثمن الذى تقيدت به الحوالة بطل من الاصل لانفساخ العقد من الاصيل ولو ظهر بطلانه تبطل الحوالة فكذلك اذا بطل من الاصيل الا أنا نقول ان الحوالة لما صحت مقيدة بمال واجب عنده ولم يتبين أنه لم يكن واجبا أو بطل انما يبطل ببطلانه ان لو كان له تعلق بالدين بها أما من حيث الوجوب فلا يشكل لان تعلق الدين بالذمة لا بالدين ولا تتعلق به استيفاء لان تعلقه به استيفاء انما يستقيم اذا كان قابلا للاستيفاء والدين لا يقبل استيفاء دين آخر منه الا بعد خروجه فقبل خروجه منه لم يكن لدين الحوالة تعلق به بوجه من الوجوه فصار كالحوالة المطلقة فى حالة البقاء فلا تبطل ببطلانه ولا يلزم اذا أحال على مودعه ليستوفى دينه من الوديعة ثم هلكت الوديعة حيث تبطل الحوالة لان ثمة للدين تعلق به استيفاء لكونه قابلا للاستيفاء منه فجاز أن يبطل ببطلانه واذا أحال رجل رجلا على رجل بألف درهم كانت للمحتال على المحيل وكان مثلها للمحيل على المحتال عليه ثم مات المحيل وعليه دين كان ماله الذى على المحتال عليه بين غرمائه وبين المحتال له بالحصص ولا يختص المحتال له بذلك عندنا وعند زفر رحمه الله يختص به لانه اختص به فى حال حياته حتى كان أحق به من المحيل حتى لو حجر المحيل عن استيفائه فيختص به بعد موته بمنزلة المرتهن فى حق الراهن ولكنا نقول ان ما فى ذمة المحتال عليه مال المحيل لانه بعقد الحوالة لا يصير للمحتال له لان الدين لا يقبل التمليك من غير من عليه الدين ومتى كان باقيا على ملكه كان بين غرمائه بالحصص لما مر انه لا تعلق لحقه بالدين قبل الخروج فصار هو وسائر غرمائه سواء وانما منع المحيل من التصرف فيه باعتبار عرضة الخروج لانه لو خرج يكون المحتال له احق بها ولهذا كان التوي على المحيل لان الحوالة كانت مقيدة به وقد استحقت فصار بمنزلة الاستحقاق من الأصيل فيعود الدين على المحيل والله أعلم

باب الحبس فى الدين

(قال رحمه الله) ويحبس الرجل في كل دين ماخلا دين الولد على الأبوين أو على بعض الأجداد فانهم لا يحبسون فى دينه أما فى دين غيرهم فيحبس لانه بالمطل صار ظالما والظالم يحبس وانه عقوبة مشروعة ولهذا كان حدا فى الزنا فى ابتداء الاسلام قال الله تعالى فى حق قطاع الطريق أو ينفوا من الأرض والمراد به الحبس وكذلك حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة وكذلك على كرم الله وجهه اتخذ سجنين سمى أحدهما نافعا والآخر محبسا وكذلك شريح رحمه الله كان يحبس الناس وحبس ابنه بسبب الكفالة عن رجل ولا يحبسه فى أول ماتقدم الى القاضى ولكنه يقول له قم فأرضه لان الظلم لا يتحقق من أول وهلة فان عاد اليه مرة أو مرتين يحبسه والقياس فى دين الولد على والديه هكذا الا أنا استحسنا فى دين الوالدين ومن كان فى معناهم أنه لا يعاقب الوالد بسبب الجناية على ولده قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد لولده ولا يعاقب بسبب الجناية على ماله لان له ضرب تأويل فى ماله وذكر حديث على كرم الله وجهه انه اتخذ سجنين وقال فيه

ألا ترانى كيسا مكيسا ⁂ يثبت بعد نافع محبسا

وعن الشعبي رحمه الله أن رجلا أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال يا أمير المؤمنين اجرنى فقال مم قال من دين قال عمر رضى الله عنه السجن ثم قال عمر رضى الله عنه كانك بالطلبة حلو ذكر هذا لبيان ان الحبس مشروع قال أبو حنيفة رحمه الله لا يباع مال المديون المسجون فى دين عليه الا أن يكون عليه دنانير أو يكون عليه دراهم فاصطرفها بدراهم وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يباع ماله وهى مسائل الحجر ثم ذكر عن عمر رضى الله عنه أنه خطب الناس ثم قال في اسفع جهينة رضى من دينه وأمانته ان يقال له سبق الحاج فادان معرضا حتى دين به فمن كان له عليه شيء فليغد علينا فانا بائع ماله قاسمه بين الغرماء واياك والدين فان أوله هم وآخره حرب ونعم ماقال فان الدين سبب العداوة خصوصا فى زماننا فيؤدى الى اهلاك النفوس ويكون سببا لهلاك المال خصوصا مداينة المفاليس والحرب هو الهلاك ثم اذا حبس المديون ولم يدع الاعسار فظاهر انه لا يخلى عنه أما اذا ادعى الاعسار فان كان ذلك فى ديون وجبت بسبب المبايعات فينبغى ان لا يصدق لان الظاهر يكذبه لانه يكون واحدا باعتبار بدله وان كان باسباب مشروعة سوى المبايعات كالمهر وبدل الخلع والكفالة وبدل الصلح

اختلاف مشايخنا رحمهم الله فقال بعضهم يصدق ولا يحبس لانه متمسك بالاصل وهو العدم فالقول قوله وقال بعضهم لا يصدق لان التزامه المال اختيارا دليل قدرته ولو كان دينا وجب حكما باستهلاك مال ونحوه ينبغي ان يصدق ثم قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حبس الرجل شهرين يسأل عنه وان شاء سأل عنه في أول ما يحبسه والرأى فيه الى القاضي ان أخبر بعد أوقات انه معسر خلى سبيله وان قالوا واجد أمر بحبسه حتى يذوق وبال أمره لانه من الجائز انه أخفى ماله فيشهد الناس على ظاهر حاله فتبطل حقوق الناس واذا أخبروه أنه معسر أخرجه ولم يحل بين الطالب وبين لزومه عندنا وقال زفر رحمه الله يمنعه من ملازمته لانه منظر بانظار الله تعالى ولو كان منظرا بانظاره لا يكون له حق الملازمة هكذا كنا نقول بانه منظر الى زمان الوجود ووجود ما يقدره على اداء الدين موهوم في كل ساعة فيلازمه اذا وجد مالا أو اكتسب شيئا فوق حاجته الدراة يؤخذ منه والكفيل بالمال والذي عليه الاصل سواء لان خطاب الاداء متوجه على الكفيل كما هو متوجه على الاصيل وذكر عن الكلبي ومحمد ابن اسحاق أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس بني قريظة حتى نزلوا في حكم سعد رضي الله عنه في دار بنت الحارث حتى ضرب رقابهم فاذا تبين ان الحبس مشروع واذا حبس الكفيل بالدين فللكفيل ان يحبس المكفول عنه حتى يخلصه اذا كان بأمره وكذلك لو لازمه الطالب كان له ان يلزم الذي عليه الاصل لانه التزم الاداء من مال المطلوب بأمره فكان الاصيل ملتزما تخليصه فله ان يلازمه وليس للكفيل ان يأخذ المال حتى يؤديه لانه انما يرجع عليه بحكم الاقراض وانما يتحقق هذا المعنى عند الاداء واذا حبس رجل بدين فجاء غريم له آخر يطالبه فان القاضي يخرجه من السجن ويجمع بينه وبين هذا المدعى فان أقر له بالدين أو قامت له عليه بينة كتب اسمه فيمن حبس له مع الاول لانه لو لم يكتب ربما يشتبه على القاضي انه محبوس بدين واحد فيخلي سبيله فيكتبه حتى لا يخلي سبيله الا بقضائهما وان كان القاضي قد فلس المحبوس جاز اقراره لاشخاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال تفليس القاضي اياه جائز ولا يجوز اقراره بعد ذلك ولا بيعه ولا شراؤه ولا بشيء يضيفه في ماله ماخلا العتق والطلاق والنكاح والاقرار بالسبب فانا ندع القياس فيه ونجوزه وهو قول محمد رحمه الله وقول شريح وابراهيم وابن أبي ليلى رحمهما الله ويعني بالتفليس ان يحكم بعجزه عن الكسب فيجعله كالمريض مرض الموت فيحكم بتعلق حق غرمائه في مال هذا

وهذا نوع حجر وان كان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى ذلك وهما يجوزان ذلك وليس الحبس بتفليس لانه دلالة القدرة على أداء الدين لا دلالة العجز ولا يضرب المحبوس فى الدين ولا يقيد ولا يقام ولا يؤاجر لان هذه عقوبات زائدة ماورد الشرع بها وانما قلنا بالحبس ليكون حاملا له على قضاء الدين وان كان فيه ضرب عقوبة بالنصوص ولا نص فى الزيادة عليه فانه روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال ليس فى هذه الامة صفد ولا قيد ولا غل ولا تجريد والصفد ماتقيد به الايدى أراد بقوله لا يقام يعني لا يؤمر بالقيام بين يدي صاحب المال اهانة له فان ذلك مع عقوبة ولا يؤاجر من غير اختياره لان ذلك نوع حجر عليه ولا يجوز ذلك فى ماله فلان لا يجوز فى نفسه بطريق الاولى ويحبس الابوان فى نفقة الولد ولا تشتبه النفقة بالدين لان الانفاق على الولد انما شرع صيانة للولد عن الهلاك والممتنع كالقاصد الهلاك ومن قصد اهلاك ولده يحبس بخلاف الدين فانه ليس فيه قصد اهلاك نفسه ولا يخرج المحبوس فى الدين بجمعة ولا عيد ولا حج ولا جنازة قريب أو بعيد لان الواجب أن يحبس على وجه لا يخلص بعد زمان حتى يضجر قلبه عند ذلك فيسارع فى قضاء الدين فلو خرج احيانا لا يضيق قلبه حينئذ ولهذا قالوا ينبغى أن يحبس فى موضع خشن لا يتبسط له في فراش ولا وطاء ولا أحد يدخل عليه ليستأنس ليضجر قلبه بذلك واذا سأل القاضي عن المحبوس بعد شهرين أو أكثر فى السر فأخبره ثقة بعدمه خلى سبيله ولم يخل بين غريمه وبين لزومه وان شهد عليه شهود انه موسر أوان له ما لا أجزت شهادتهم ويترك المسئلة فى السر لان السؤال للاختبار ومتى ظهرت حاله بالشهادة لا تقع الحاجة الى الاختبار وان أدى دين أحد الغريمين لم يخرج من السجن حتى يؤدى دين الآخر لان الظلم قائم ويحبس الرجل فى الدرهم وفى أقل منه لان مانع الدرهم وما دونه ظالم وينبغى أن يكون محبس النساء فى الدين على حدة ولا يكون معهن رجل حتى لا يؤدى الى فتنة ولا يمنع المحبوس من دخول اخوانه وأهله عليه لانه يحتاج الي ذلك حتى يشاورهم فى توجيه ديونه ولكن لا يمكنون من المكث عنده حتى يستأنس بهم ولا يحبس المكاتب لمولاه بالمكاتبة لانه عبد ولا يليق به الحبس (ألا ترى) أنه لو عجز نفسه عن ذلك يسقط ويحبس بدين غير الكتابة قالوا أراد به في حق غير المولى وقال بعضهم يحبس بدين المولى وهو ملحق بالاجانب فى المعاملات مع مولاه والاول أصح وان كان للمكاتب علي مولاه طعام ومكاتبته دراهم فان المولى يحبس فى دين

المكاتب لان مطالبتـه متوجهة على مولاه وهو ملحق بالاجانب فى حق أكسابه وكذلك العبد التاجر الذى عليه الدين يكون له على مولاه دين ولا يحبس لحقه ولكن لحق الغرماء والصبي التاجر فى السجن مثل الرجل يعنى يحبس لانه يؤاخذ بحقوق العباد فيتحقق ظلمه والغلام الذى يستهلك المتاع فيضمن قيمته وله أب أو وصي وليس بتاجر مثل ذلك يريد به فى حق الحبس ولم يذكر انه يحبس الصبي أو أبوه أو وصيه والصحيح أنه يحبس وليه وفى الكتاب مايدل عليه حيث قيده بهذا اللفظ وهذا لان الظلم انما يتحقق ممن يخاطب بأداء المال ووليه هو الذى يخاطب بذلك لا هو وبعضهم قال الحبس للصبي بطريق التأديب حتى لا يتجاسر على مثله ولكن هذا انما يكون فيما يباشر من أسباب التعدى قصدا أما ماوقع خطأ منه فلا ولا يحبس العاقلة فى الدية ولا فى شئ منها من الارش بقضائه عليهم ولكنه يؤخذ من الاعطية وان كرهوا ذلك لان الدية انما تعطى من عطائهم لا مما في أيديهم من الاموال حتى يتحقق المنع من قبلهم حتى لو كانوا من أهل التأدية وليس لهم عطاء يفرض ذلك عليهم فى أموالهم فاذا امتنعوا من أدائه حبسوا وكذلك الدعار يحبسون أبدا حتى يتوبوا والداعر الذى يخوف الناس ويقصد أخذأموالهم فكان في معنى قطاع الطريق قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية ولو أن غلاما استهلك لرجل مالا وله دار ورقيق وعروض وليس له أب ولا وصى لم يحبس ولكن القاضي يرى رأيه فيه ان شاء جعل وكيلا يبيع بعض ماله فيوفى الطالب حقه وان كان له أب أو وصى يجوز بيعه فانه لا يحبس والصحيح انه يحبس من يخاطب بقضاء دينه لما مر ولا يحبس الصبي الا بطريق التأديب ويحبس المسلم للذمى بدينه والذمى للمسلم ويحبس الحربى المستأمن ويحبس له لان معنى الظلم يتحقق فى حق الكل والله أعلم بالصواب

باب الابراء والهبة للكفيل

(قال رحمه الله) واذا قال الطالب للكفيل قد برئت الي من المال الذى كفلت به من فلان فهذا اقرار بالقبض وللكفيل ان يرجع به على المكفول عنه لانه أخبر عن البراءة بفعل متعد من المطلوب والكفيل الى الطالب وذلك بفعل الاداء لان الابراء متعد من المطلوب الى الطالب وكذلك قوله قد دفعت الي المال أو نقدتنى أو قبضته منك وكذلك الحوالة واذا

قال أبرأتك لم يكن هذا اقرارا بالقبض وللطالب ان يأخذ الذى عليه الاصل لانه أضاف الفعل الي نفسه متعديا الي المطلوب وذلك انما يكون باسقاط الدين عنه . ولو قال برئت من المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض فى قول أبى يوسف رحمه الله لانه وصفه بالبراءة فينصرف الى ذلك السبب المعهود والسبب المعهود الايفاء وعند محمد رحمه الله هو بمنزلة قوله أبرأتك لانه يحتمل الوجهين فكان الحمل على الادنى أولى (ألا ترى) ان الحاجة الى الرجوع على الاصيل لا تثبت بالشك وقد مر هذا فى الجامع والتحليل بمنزلة الابراء لان الدين لا يوصف بالتحليل أما المال الذى يراد به الدين فيوصف بهذا وذلك بمنزلة الموضوع الديون فمتى حلله أسقط حقه عن ذلك أصلا فكأنه قال لا حق لى فى مالك ولو قال له هكذا كان ابراء مطلقا فهذا كذلك والمحتال عليه فى جميع هذا بمنزلة الكفيل ولو وكل الطالب وكيلا بقبض ماله فقال الوكيل للكفيل برئت الى كان هذا اقرارا بالقبض فيصح ولو قال الوصى للكفيل قد أبرأتك أو انت فى حل منه لم يجز لان ذلك معروف منه وليس له ذلك وكذلك الصبي التاجر والعبد التاجر والمكاتب اذا قالوا ذلك للكفيل لا يصح لما مر واذا ابرأ الطالب الكفيل من المال فأبى أن يقبل ذلك فهو برئ ولا يشبه هذا الهبة لان الابراء اسقاط محض فى حقه لانه ليس في حقه إلا مجرد المطالبة فصار كسائر الاسقاطات فلا يرتد بالرد بخلاف الذى عليه الاصل لان أصل الدين عليه فيكون ذلك تمليكا منه لان الحق الذى هو واجب له فى ماله غير عين فصار هذا تصرفا باسقاط الفعل عنه ويجعل الواجب له اسقاطا من وجه وتمليكا من وجه فوفرنا على السهمين حظهما فعلى هذا يصح من غير قبول لشبهه بالاسقاط ويرتد بالرد لشبهه بالتمليكات ومثله لو وهب من الكفيل فانه يرتد بالرد كما لو وهب من الأصيل لان الهبة لفظ وضع للتمليك ويمكن تحقيق الهبة فى حق الكفيل كما فى حق الاصيل لان هبة الدين من غير من عليه الدين جائزة فاذا سلطه عليه فهو مسلط عليه فى الجملة أو يجعل ذلك نقلا للدين منه بمقتضى الهبة منه فيصير هبة الدين ممن عليه الدين لو أمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه قصدا باحالة الدين عليه فيثبت ذلك بمقتضى تصرفهما تصحيحا له واذا استقام تحقيق الهبة كما فى حقه وجب الجري على مقتضى الهبة كما فى حق الاصيل وقد مر أنه لو أبرأ الذى عليه الاصل من الدين يصح من غير قبول ولكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك فكذلك لو وهب منه فلو مات قبل ان يعلم فهو برئ منه فى الهبة والابراء جميعا لانه تام فى نفسه ولكنه يرتد بالرد

فتى مات ووقع اليأس عن الرد فانبرم بمنزلة لو تصرف له فيه جاز وكذلك لو كان ميتا فابراه منه وجعله فى حل منه فهو جائز لان الدين قائم عليه حكما فاحتمل الاسقاط فان قالت الورثة لا تقبل ذلك ويقضون المال والكفيل منه برىء فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله ليس للورثة فى ذلك قول فمحمد رحمه الله يقول بان هذا فى حق الورثة اسقاط محض لانه لا دين عليهم حقيقة انما عليهم مجرد المطالبة فاشبه الكفيل ثم فى حق الكفيل لا يرتد بالرد فكذا فى حقهم وأبو يوسف رحمه الله يقول ان الدين قائم وقد أخذ شبها بالاعيان بعد الموت لتعلقه بالتركة فكان أقبل للتمليك فى هذه الحال والملك بهذا التمليك واقع لهم فيرتد بردهم كما لو أضاف الابراء اليهم تنصيصا واذا وهب الطالب المال الذى عليه الاصيل فأبى أن يقبل كان المال عليه وعليه فضله لان الهبة منه كالهبة من كفيله ولو وهبه من كفيله فأبى ان يقبل كان المال عليه بخلاف ما اذا أبرأه فأبى أن يقبل لانه لا يعود الدين على الكفيل لانا نجعل ابراءه كابراء الكفيل لا يرتد بالرد فكذلك هنا واذا وهب للكفيل وقبله رجع به علي الذي عليه الاصل لانه ملكه بالهبة فصار كما لو ملكه بالاداء والتمليك منه صحيح لانه قابل للملك فى حق ما فى ذمة الاصل ولهذا يملكه بالأداء واذا ملكه رجع عليه وكذلك المحتال عليه واذا كانت الكفالة علي ان المكفول عنه برىء أو كانت حوالة فوهب الطالب الذى كان عليه الاصل فالهبة باطلة لانه ليس فى ذمته شئ لانتقال الدين الى ذمة غيره وعلى رواية الجامع ينبغى أن يصلح ولو وهب الكفيل الذى عليه للاصيل فهو جائز لانعقاد سبب وجوب الدين له فى الحال فان أدى الكفيل لم يرجع به عليه لانه يقرر ملكه ما فى ذمته فصحت الهبة فصار كما لو وهبه بعد الاداء فان أدى الذى عليه الاصل لم يرجع به على الكفيل لانه تبين أن هبته باطلة لانتقاض سبب وجوب الدين بينهما والله سبحانه وتعالى أعلم

باب اقرار أحد الكفيلين بأن المال عليه

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل علي رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بالمال وأقر أحد الكفيلين بأن المال كله عليه وأداه وأراد أن يرجع بنصفه على صاحبه وقال انما عنيت باقرارى أنه على لانى كفلت عنك كل حصتك فله أن يرجع عليه بنصفه لانه صادق في قوله انه كله عليه لكن بعضه بحكم الكفالة وبعضه بحكم الاصالة ولو أقر ان

كله عليه وان صاحبه كفل عنه بأمره لم يكن له أن يرجع على صاحبه بشيء لانه قد صرح انه أصيل فى كله وصاحبه كفيل عنه فيجري على قضية قوله. ولو أن رجلين كان عليهما خمسون دينار الرجل قرضاً وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ضامن له فأشهد أحدهما على صاحبه أني معك دخيل فى هذا المال ولو أقر الآخر بذلك ثم ادعي أن المال كله على صاحبه فانه يرجع على صاحبه بنصفه لان قوله أنت دخيل معي ليس باقرار بشيء لم يكن عليه خاصة دون الآخر يريد به انه أخبر بكونهما دخيلين فى هذا المال وهذا يقتضي أن يكونا أصيلين فى بعضه فمن ادعى أن كله علي صاحبه فقد ناقض فيما أخبر فلا يلتفت الى ذلك وان أقر أحدهما أن هذا المال عليه خاصة دون الآخر ثم أدى المال لم يرجع علي صاحبه بشيء لانه نص أنه كفيل أصيل فى الكل ولو أداه صاحبه كان له أن يرجع بكله عليه ولو كان لرجل على ثلاثة نفر ألف درهم فى صك باسمه وبعضهم كفلاء عن بعض ضامنون للمال كله فأقر الطالب ان أصل المال علي أحدهم وان الآخرين كفيلان عنه ولم يقر بهذه الكفالة التى نسبت اليه فى الصك ثم أدى المال أحدهم فله أن يرجع على صاحبه بالثلثين لانه أقر على غيره فلم يعتبر ولو لم يقر الطالب بذلك ولكن أحد الكفلاء قال أصل المال علىّ وصاحباى منه بريئان ثم أدى المال لم يرجع على صاحبيه بشيء لان زعمه معتبر فى حقه وان أداه صاحباه رجعا بالكل عليه لاقراره انه أصيل فى جميع المال واقراره ملزم اياه ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فى صك باسمه وفلان بها كفيل فأقر الكفيل ان أصل المال عليه وان فلانا كفيل عنه وانه انما قدمه فى الصك لشيء خافه فأدى المقدم فى الصك المال كله فله أن يرجع بذلك على الكفيل مؤاخذا بما أقر به على نفسه ويجعل ذلك فى حقه كالثابت بالبينة ولو كان أصل المال قرضا فى الصك أو من ثمن بيع ونسبه الى الذى فى صدر الصك ثم أقر الكفيل بهذه المقالة كان اقراره على نفسه أصدق مما فى الصك لان اقراره على نفسه حجة ملزمة والصك ليس بحجة ملزمة مالم يشهد الشهود بما فيه وشهادة الشهود بما فيه لا تكون مقبولة مع تكذيبه اياهم باقراره فلهذا كان المقبول ماأقر به على نفسه ولو لم يقر الكفيل بهذه المقالة ولكنه أقر انه هو القابض للمال من صاحب الصك أو انه قد اشترى المبيع من صاحب الصك وقبضه وقال الذى عليه الصك وهو الذى اسمه فى أوله أجل أو صدق ثم ادعى المقرله المال فله أن يرجع على صاحبه المقر لان اقراره بمباشرة سبب التزام المال

يكون اقرارا منه بأنه أصيل فى جميع المال وان صاحبه كفيل به واقراره حجة عليه ولو لم يقر الكفيل بذلك ولكنه أقر أنه قبض المال من المكفول عنه فهو جائز لانه بالكفالة قد استوجب المال على المكفول عنه وان كان مؤجلا واقراره بقبض الدين المؤجل صحيح فان أداه المكفول عنه الى الطالب رجع على الكفيل بسبب اقراره لان ثبوت قبضه منه باقراره كثبوته بالبينة أو بالمعاينة فى حقه واذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بجميع المال فادعى كل واحد منهما على صاحبه انه كفيل عنه لم يصدق واحد منهما على ذلك الا بحجة لانه يدعي خلاف المعلوم بطريق الظاهر فعلى كل واحد منهما البينة على ما ادعى فان لم يكن له بينة يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانه يدعي على صاحبه مالو أقر به لزمه وأيهما نكل عن اليمين فنكوله بمنزلة اقراره فيثبت بنكوله ان أصل المال عليه وان حلفا جميعا ثم أدى أحدهما المال رجع على صاحبه بنصفه لان دعوى كل واحد منهما تنفى عن صاحبه نصيبه وقيل هذه الدعوى اذا كان أدى أحدهما المال رجع على صاحبه بالنصف لاستوائهما فى الضمان ان قامت البينة من الاصيل أن المال على أحدهما والآخر كفيل ولم يعرفوا ذلك فهذا بمنزلة من لم تقم عليه بينة لان المشهود عليه بالاصالة منهما مجهول والشهادة على المجهول لا تكون مقبولة ولا تبطل هذه الشهادة حق الطالب ولا توهنه لانها لا تمس حقه وان أقر الطالب أن الاصل على أحدهما والآخر كفيل لم يصدق على ذلك لان اقراره ليس بحجة لاحدهما على صاحبه وشهادته فى ذلك لا تكون مقبولة لان المال له فانما يشهد لنفسه على أحدهما بأن جميع المال عليه وكذلك لو كان للطالب ابنان فشهدا بذلك لانهما يشهدان لابيهما وهذا اذا لم يكن على أصل المال بينة أنه عليهما وكل واحد منهما ضامن فان كان على أصل المال بينة بذلك فشهادة ابنى الطالب جائزة لانهما لا يثبتان بشهادتهما حق أبيهما وانما يشهدان لأحد الغريمين على الآخر انه هو الاصيل وان صاحبه كفيل فلا تتمكن التهمة فى هذه وكذلك ان كان الغريمان مقرين بالمال لان حق الطالب عليهما ثابت باقرارهما فشهادة ابني الطالب على هذا لا تكون لابيهما وانما تكون لاحدهما على الآخر ولو شهد ابنا أحدهما أن الاصل على أبيه والآخر كفيل عن أبيه جاز لانهما يشهدان على أبيهما ولو شهدا أن الاصل على الآخر وان أباهما كفيل به عنه لم تجز شهادتهما لانهما يدفعان بهذه الشهادة عن أبيهما مغرما ويجران اليه المنفعة فكانا متهمين فيه والله تعالى أعلم بالصواب

باب بطلان المال عن الكفيل من غير أداء ولا ابراء

(قال رحمه الله) واذا كفل الرجل بمال عن رجل من ثمن مبيع اشتراه فاستحق المبيع من يده برئ الكفيل من المال لان باستحقاق المبيع انفسخ البيع وبرئ الاصيل من الثمن وبراءة الاصيل منه توجب براءة الكفيل لان الكفيل يلتزم المطالبة التي هي على الاصيل ولا تبقى المطالبة على الاصيل بعد استحقاق المبيع فكذلك علي الكفيل وكذلك لو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو باقالة أو بخيار شرط أو رؤية أو بفساد البيع لان الاصيل يبرأ عن الثمن بهذه الاسباب وكذلك المهر يبطل عن الزوج كله بفرقة من جهتها قبل الدخول أو بعضه بالطلاق ببراءة الكفيل به مما بطل عن الزوج لبراءة الاصيل وكذلك الكفيل بطعام السلم اذا صالح الاصيل الطالب على رأس المال فهو برئ عما كفل به لبراءة الاصيل وليس عليه شئ من رأس المال لانه دين آخر سوى ما كفل به وهو ليس ببدل عن المكفول به وكيف يكون بدلا ووجوب المسلم فيه بعقد السلم ووجوب رأس المال بانفساخ عقد السلم والبدل ما يجب بالسبب الذى وجب به الاصل فلو ضمن المشترى ثمن المشترى لغريم البائع يعنى أحال البائع غريما له على المشترى حوالة مقيدة بالثمن أو كفل المشتري لغريم الكفالة البائع كفالة مقيدة بالثمن ثم استحق العبد بطلت الحوالة والكفالة لان بانفساخ العقد من الاصل ينتفى الثمن عن المشترى من الاصل وقد كان التزاما مقيدا به وكذلك لو وجد العبد حرا أو رده المشتري بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو هلك العبد قبل القبض لم تبطل الحوالة عندنا ولا الكفالة لان بما اعترض من الاسباب لا يتبين أن الثمن لم يكن واجبا على الاصيل وعلى قول زفر رحمه الله تبطل الكفالة والحوالة لان البيع ينفسخ من الاصيل بهذه الاسباب ويسقط الثمن عن المشتري وقد كان التزامه مقيدا به (واستشهد فى الكتاب بالصرف) فقال لو باعه بالدراهم مائة دينار وقبضها ثم انفسخ البيع بهذه الاسباب رجع علي البائع بألف درهم لان صرفها وأصلها صحيح بخلاف ما اذا استحق العبد أو وجد حرا فانه يرجع بالدنانير لانه تبين أن الدراهم لم تكن واجبة من الاصيل وعلى هذا لو ضمن الزوج مهر المرأة لغريمها ثم وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول من قبلها لم يبرأ الزوج عن الكفالة إلا على قول زفر رحمه الله ثم اذا أداها رجع بها علي المرأة لانه كفل عنها بأمرها فيستوجب الرجوع عليها عند الاداء الا انه كانت تقع المقاصة قبل الفرقة بمهرها وقد انعدم ذلك بسقوط

المهر عنه فيرجع عليها بالمؤدى وكذلك لو طلقها قبل أن يدخل بها غير انه يرجع عليها بنصف المؤدى لان المقاصة وقعت بالنصف الثانى من مهرها ولو كاتب رجل عبده على ألف درهم ثم أمره فضمنها لغريم له على المولى ألف درهم وقبل الحوالة بها فذلك صحيح لان هذا ليس بكفالة ولا حوالة فى الحقيقة ولكنه بمنزلة توكيل المولى غريمه باستيفاء بدل الكتابة من المكاتب ولا فرق فى حق المكاتب بين أن يكون يطالبه المولى بالبدل وبين أن يطالبه غريم المولى فان أعتق المولى المكاتب عتق ولم يبرأ من الضمان وفي بعض نسخ الاصل قال وبرئ من الكفالة لانه كان بمنزلة التوكيل وباعتاق المكاتب يسقط عنه بدل الكتابة حتى لا يطالبه المولى بشيء منه فكذلك وكيله * ووجه الرواية الاخرى أن الغريم كان يطالبه بدينه قبل العتق ولم يتغير حكم دينه باعتاق المكاتب وانما كان هذا بمنزلة التوكيل وحكم توجه المطالبة للغريم على المكاتب بالتزامه فأما المطلوب فى حق الغريم دينه وما اعترض من العتق لا يبقى التزام المطالبة ابتداء فلأن لا ينفى بقاءه بطريق الاولى ثم اذا أدى رجع على المولى لانه قبل العتق كانت تقع المقاصة بدين الكتابة وقد انعدم ذلك حين سقط عنه دين الكتابة بالعتق وكذلك لو مات المولى والمكاتب مدبر يعتق وعتق من ثلثه أم ولد فعتقت لان البراءة عن بدل الكتابة يحصل بهذا السبب كما يحصل باعتاق المولى اياه ولو كفل عبد عن مولاه بألف درهم بأمره ثم أعتقه المولى فأداه لم يرجع على المولى فأما بعد العتق فانه يطالبه بذلك المال لانه كان مطالبا في حال رقه بالعتق وهو لا يزيده الا وكادة ولان المولى شغله به حين أمره بالكفالة عنه فهو بمنزلة مالو أقر بالدين عليه ثم أعتقه فلا يرجع العبد بها على المولى وان أدى من كسب هو خالص حقه لان الكفالة حين وقعت لم تكن موجبة لرجوع الكفيل على الاصيل فلا يصير موجباً للرجوع بعد ذلك بخلاف المكاتب فان هناك أصل الكفالة كانت موجبة لرجوع المكاتب على المولى عند الاداء لان المكاتب يستوجب على مولاه دينا الا أنه كانت تقع المقاصة ببدل الكتابة وهنا أصل الكفالة لم يكن موجبا لرجوع العبد على المولى فان العبد لا يستوجب على مولاه دينا ولو ان رجلا له على رجل الف درهم فأمره ان يضمنها الغريم له ثم ان الآمر وهبها للكفيل أو ابرأه منها لم يجز ذلك وكان للمكفول له ان يأخذه بالمال لان الكفالة أو الحوالة المقيدة قد اشتغلت بما للآمر في ذمة الكفيل لحق الطالب وذلك يمنع الآمر من التصرف فيه بمنزلة الراهن اذا تصرف فى المرهون بالهبة أو البيع من انسان فانه لا ينفذ لحق

المرتهن ولو مات الآمر وعليه دين ولم يقتض المكفول له الدراهم كانت الدراهم بين سائر غرماء الميت ولم يكن المكفول له أحق بها منهم استحسانا وكان ذلك القياس أن يكون للمكفول له خاصة وهو قول زفر رحمه الله لانه صار كالمرهون به ولان سائر الغرماء يثبت حقهم من جهة الاصل وقد كان مقدما على الأصل فى هذا المال فى حياته * ووجه الاستحسان ان المكفول له لم يصر أحق بغرم هذا المال حتى لو برئ مما في ذمة الكفيل لم يبطل حق المكفول له ولا يكون أحق بالغنم وبه فارق الرهن فقد صار المرتهن أحق بغرم الرهن هناك * يوضحه ان يد الاستيفاء ثبتت للمرتهن بقبض الرهن وعلى ذلك ينبني اختصاصه به دون سائر الغرماء وهنا يد الاستيفاء لم تثبت للمكفول له فيما فى ذمة الكفيل بل هو مال الاصيل فيقسم بعد موته بين غرمائه بالحصص ولو كان المكفول عنه حيا فأقام رجل البينة أن هذا المال له وانه أمر فلانا فباع المبيع الذى هذا المال ثمنه لم يكن له ان يبطل الكفالة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولكنه يضمنه للبائع وفى قول أبى يوسف رحمه الله تبطل الكفالة وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع ان الوكيل بالبيع عندهما في نفوذ تصرفه في الثمن بمنزلة العاقد لنفسه ويضمن للموكل وعند أبى يوسف رحمه الله بمنزلة الثابت لاينفذ من تصرفه الا مايرجع الى القبض ولو كان المال الى أجل وبه كفيل فان مات الاصيل فقد حل المال عليه ولا يحل على الكفيل حتى يمضى الاجل لان الاصيل استغنى بموته عن الاجل والكفيل محتاج اليه وحلوله على الاصيل لا يمنع كونه مؤجلا على الكفيل كما لو كفل الكفيل بمال هو حال على الاصيل مؤجلا الى سنة ولو كان الميت هو الكفيل فقد حل المال عليه لوقوع الاستغناء عن الاجل ويؤخذ من تركته فى الحال ثم لا يرجع ورثته على الأصيل قبل أن يحل الاجل عندنا وقال زفر رحمه الله يرجعون على الاصيل فى الحال لانهم أدوا دينا عليه بعد توجه المطالبة فيه شرعا بحكم الكفالة عنه بأمره فيرجعون اليه وهذا لان الكفيل يصير بمنزلة المقرض لما أدى عن الاصيل فيستوجب الرجوع به عليه فى الحال الا اذا قصد اثبات حق الرجوع لنفسه بتعجيله قبل حل الاجل ولم يوجد اذا كان سقوط الاجل حكما لموته ولكنا نقول بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل مؤجلا والاصيل باق منتفع بالاجل فكما بقي المال مؤجلا فى حق الطالب بعد موت الكفيل فكذلك في حق الكفيل للطالب قبل حل الاجل فانه لا يرجع على الاصيل حتى يحل الاجل فهذا مثله ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه ثلاثة رهط

بعضهم كفلاء عن بعض بالمال وهو حال من ثمن مبيع فأخر الطالب أحد الكفلاء الى سنة فهو جائز وله أن يأخذ أيهم شاء سواء بجميع المال بمنزلة مالو كان أحدهم كفل به مؤجلا في الابتداء فان المال يكون حالا على الباقين وهذا لان كل واحد منهم كفيل بجميع المال وابراء أحد الكفلاء لايوجب البراءة للباقين كما لا يوجب براءة الاصيل فكذلك التأخير عن أحد الكفلاء الي سنة فان أدى المال أحد الكفيلين الآخرين كان له أن يأخذ صاحبه بالنصف ليستوى به فى غرم الكفالة كما هو مساو له فى الالتزام بأصل الكفالة ولا يأخذ الذى أخره حتى يحل الاجل لان الاجل ثابت فى حقه فكما لاتتوجه مطالبة الطالب عليه بشيء لمكان الاجل فكذلك مطالبة الكفيل الآخر فاذا حل الاجل وقد كان أخذ من صاحبه النصف بيعا جميعا ذلك الكفيل بالثلث لانه كان مساويا لهما فى الكفالة وقد كان المانع لهما من الرجوع عليه الاجل وقد انعدم فيرجعان عليه بقسطه وهو الثلث ليستووا فى غرم الكفالة ثم يرجعون على الاصيل بجميع المال فلو كان الطالب أخر المال على الاصيل سنة كان ذلك تأخيرا عن جميع الكفلاء بمنزلة ما لو أبرأ الاصيل وكان ذلك موجبا براءة الكفيل اولو كان أخر كفيلا منهم شهرا وآخر شهرين وآخر ثلاثة أشهر كان جائزا على ماسمي فان حل على صاحب الشهر أخذه من سهمه ولا يرجع هو على الآخرين لقيام المانع وهو الاجل وان أخر الذى عليه الاصل بعد هذا سنة كان المال عليهم الى سنة ودخلت الشهور تحت السنة لان التأجيل فى حق الاصيل فهو في حق الكفيل ولو كان أخر الكفيل شهرا ثم أخره سنة دخل الشهر فى السنة فهذا مثله وان كان المال من ثمن مبيع أو غصب وبه كفيل فأخر الطالب الاصيل الى سنة فأبى أن يقبل ذلك فالمال عليه وعلي الكفيل حال كما كان لان تأخير المطالبة بالتأجيل فى حق الاصيل بمنزلة اسقاطه بالابراء وابراء الاصيل يرتد بالرد فكذلك التأخير عنه يرتد برده فيبقى المال عليه حالا وكذلك على الكفيل لان التأجيل فى حق الاصيل يجعل فى حق الكفيل بمنزلة ما لو أجل الكفيل ولو أجل الكفيل فأبى أن يقبل المال أن يثبت حالا فكذلك اذا أجل الاصيل وهذا لان التأجيل لايوجب انفساخ الكفالة سواء أجل الكفيل أوالاصيل واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها ثلاثة نفر وبعضهم كفلاء عن بعض ثم ان الطالب وهب المال لواحد منهم فأبى أن يقبل فالمال عليهم كما كان لان الهبة من الكفيل تمليك فيرتد برد الكفيل كما

يرتد برد الاصيل اذا وهب منه وان قبل فقد تملك المال بقبول الهبة فهو بمنزلة مالو وهبه تملكه بالاداء فان شاء رجع على الاصيل بجميع المال وان شاء رجع على صاحبيه بالثلثين ان وجدهما أو على أحدهما بالنصف ان وجده دون الآخر بمنزلة مالو أدى المال فان كان الموهوب له غائبا فلم يقبل ولم يرد ولم يعلم به حتى مات فالهبة جائزة ويرجع ورثته على أيهم شاء ولما بينا أن هبة الدين اسقاط يتضمن التمليك فان ضمنه معنى التمليك يرتد برده مادام حيا ولكونه اسقاطا يتم بموته قبل الرد ويجعل تمامه كتمامه بقبوله وورثته قائمون مقامه فيرجعون على أيهم شاء كما بينا ولو وهبه لرجلين من الكفلاء فقبلا جاز ورجعا به على الاصيل وان شاآ رجعا على الكفيل الثالث بالثلث بمنزلة مالو أديا وليس لواحد منهما أن يرجع على صاحبه بشئ من أجل ان كل واحد منهما صار متملكا خمسمائة وهما يستويان فى ذلك وان أخذا الكفيل الثالث فأدى اليهما الثلث ثم أراد هذا الكفيل الغارم أن يرجع على أحدهما بنصف ماأدى الى الآخر لم يكن له ذلك لان كل واحد منهما متملك للثلث فيكون بمنزلة مالو أدوا جميعا المال الى الطالب وانما يتبعون الاصل بالألف كلها فاذا أخذوها كان لكل واحد منهم ثلث المقبوض ولو أن الطالب حين وهب المال لهذين الكفيلين قبل أحدهما الهبة وأبى الآخر أن يقبل فللذى قبل أن يأخذ ثلث هذا النصف من الكفيلين الآخرين لان تملكه نصف المال بقبول الهبة كتملكه بأداء النصف فان شاء رجع على الكفيلين معا بثلثى ذلك النصف وان شاء على أحدهما بنصف ذلك الثلث ويأخذ الطالب بالنصف الآخر أىّ الكفلاء شاء وان شاء رجع على الاصيل لان الهبة بطلت فى هذا النصف برد الموهوب له فعاد الحكم كما كان قبل الهبة فان قبض الطالب من الذى عليه الاصل شيئا فهو له خاصة وللطالب أن يأخذ الموهوب له بما بقي من ذلك لان النصف الباقى ماوهبه منه فهو فيه كغيره من الكفلاء ولو وهب الطالب نصف المال لاحد الكفلاء كان بهذه المنزلة فان رجع الموهوب له على الكفيلين بثلثى ذلك النصف فأخذه منهما لم يتبعه واحد منهما بشئ من ذلك لانه لو كان له حق الاتباع بعد الاداء كان له أن يمنع ذلك منه فى الابتداء ولكن لو أديا الى الطالب خمسمائة كان للموهوب له أن يرجع عليهما بثلث خمسمائة أخرى فيرجع عليهما بتلك الخمسمائة حتى يكون الاداء عليهم اثلاثا وكذلك الصدقة والنحلة والعطية فأما البراءة فليست كذلك ولا يرجع المبرأ من الكفلاء على على أحد بشئ لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة وليس تملك شئ منه والله تعالى أعلم

باب الحلف في الكفالة

(قال رحمه الله) واذا حلف الرجل لا يضمن لفلان شيئا فضمن له بنفس أو مال فهو حانث لانه قد ضمن له فالمفهوم من هذا اللفظ التزام المطالبة بتسليم شئ مضمون له وقد وجد ذلك وكذلك لو كفل أو قبل الحوالة له وقال في الحوالة ضمان وزيادة والكفالة والضمان عبارتان عن عقد واحد ولو اشترى شيئا بأمره فهذا ليس بضمان وانما هذا التزام لعقد الشراء وعقد الشراء لا يسمى كفالة عرفا وفي الايمان يعتبر العرف ولو ضمن لعبده أو مضاربه أو شريك له مفاوض أو عنان لم يحنث لان الضمان وقع لغيره فان المضمون ماتجب به المطالبة قبل الضامن بعقد الضمان وهو غير المحلوف عليه فاما المحلوف عليه ان توجهت له المطالبة فذلك باعتبار سبب آخر دون عقد الضمان (ألا ترى) أن الرد والقبول انما يعتبران ممن ضمنه له دون المحلوف عليه وعلى هذا لو ضمن الرجل فمات فورثه المحلوف عليه لم يحنث وان صار الضمان له في الانتهاء لان الاصل كان لغيره وانما يثبت له باعتبار سبب آخر وهو الخلافة عن المورث ولو حلف لا يضمن لاحد شيئا فضمن انسان ما أدركه من درك في دار اشتراها أو عبد حنث لانه قد ضمن للمشترى (ألا ترى) انه يسمى في الناس ضامنا من كان ضامنا للدرك وهو بمنزلة مالو قال ان لم يوفك فلان مالك اذا حل أو ان مات فلان قبل ان يوفيك فهو علي أوفانا له ضامن فانه يكون ضامنا له ويكون حانثا في يمينه وان كانت المطالبة متأخرة عنه الى أن يوجد ما صرح به ولا يخرج به من أن يكون ضامنا في الحال فكذلك في الدرك ولو ضمن لرجل غائب لم يخاطب عنه أحد لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويحنث في قول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على ماسبق أن الكفالة للغائب اذا لم يقبل عنه أحد باطل في قولهما فلا يحنث في يمينه وهو صحيح في قول أبي يوسف رحمه الله والضمان لازم للكفيل فيكون حانثا في يمينه ولو خاطبه عنه مخاطب حنث في قولهم جميعا لان الضمان صحيح في حق الضامن وان كان للمضمون له الخيار اذا بلغه بين أن يرضى به وبين أن يرده فيتم به شرط الحنث في حقه ولو ضمن لصبي لان أباه أو وصيه لو أجاز ذلك جاز فهو بمنزلة مالو ضمن الغائب فيتم في حقه اذا خاطبه به مخاطب وكذلك العبد المحجور عليه يحلف انه لا يضمن شيئا فضمن فهو حانث لان يمين المحجور عليه ينعقد لكونه مخاطبا والالتزام بالضمان صحيح في حقه وان كان المال يتأخر عنه الى مابعد العتق لحق مولاه فهو بمنزلة مالو

ضمن الغائب وعنه مخاطب أو ضمن لانسان بعد ماحلف وهو مفلس ولو حلف لا يكفل بفلان أو لا يضمن فلانا فكفل عنه بمال لم يحنث لان الكفالة بفلان اذا أطلقت فانما يفهم منها الكفالة بالنفس ومطلق اللفظ فى اليمين محمول على ما يتفاهمه الناس فى مخاطباتهم فان عنى المال كان ذلك على ماعنى لانه شدد على نفسه بلفظ يحتمله وقد تقدم بيان هذا الجنس فى كتاب والله أعلم

باب الكفالة بما لا يجوز

(قال رحمه الله) ولا يجوز الكفالة بشجة عمد فيها قصاص ولا بدم عمد فيه قصاص حتى لا يؤاخذ الكفيل بشيء من القصاص ولا من الارش لان الكفالة انما تصح بمضمون تجرى النيابة فى ايفائه والقصاص عقوبة لا تجرى النيابة فى ايفائها فلا يصح التزامها بالكفالة والارش لم يكن واجبا على الاصيل بالفعل الذى هو موجب للقصاص والكفيل لم يكفل به أيضا وكذلك الكفالة بحد القذف باطلة لانه عقوبة لا تجرى النيابة في ايفائها ولان المغلب فيه حق الله تعالى فيكون على قياس سائر الحدود وكذلك لا تجوز الكفالة بشيء من الامانات لانها غير مضمونة على الاصيل ولا هو مطالب بايفائها من عنده وانما يلتزم الكفيل المطالبة بما هو مضمون الايفاء على الاصيل فاذا استهلكها بعد ذلك من هى فى يده أو خالف فيها لم يلزم الكفيل ضمانها لان أصل الكفالة لم يصح والضمان انما لزم الاصيل بسبب حادث بعد الكفالة وهو ما أضاف الكفالة الى ذلك السبب وكذلك فى القصاص لو صالح الطالب المطلوب على مال لم يلزم الكفيل من ذلك المال شيء لانه وجب بعقد بعد الكفالة والكفالة ما أضيفت اليه وكما لا تصح الكفالة بهذه الاشياء فكذلك الرهن لان جواز الرهن يختص بما يمكن استيفاؤه من الرهن فان موجبه ثبوت يد الاستيفاء وكذلك الكفالة بالرهن عن المرتهن الرهن باطل لان عين الرهن أمانة فى يد المرتهن والكفالة بتسليم الامانة لا تصح كالوديعة والعارية والمضاربة وكذلك الكفالة للمولى بمملوكة وهو فى بيت مولاه أو قد أبق عنه باطلة لانه غير مضمون للمولى علي العبد فان المولى لا يستوجب على عبده حقا مضمونا وهذه الكفالة دون الكفالة ببدل الكتابة للمولي عن مكاتبه وذلك باطل فهذا أولى ولو دفع ثوبا الي قصار ليقصره وضمنه رجل فضمانه باطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وكذلك من يشبهه

من الصناع لان العين عنده أمانة في يد الاجير المشترك ولهذا لو هلك من غير صنعه لم يضمن وأما في قول من يضمن الاجير المشترك ماهلك عنده بسبب يمكن التحرز عنه وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالكفيل ضامن لان العين عندهما مضمونة في يد القابض بنفسها وهو بمنزلة المغصوب في يد الغاصب فتصح الكفالة به ولو كفل بعبد رجل ان هو أبق من مولاه فهو باطل لانه ماأضاف الكفالة الي سبب وجوب الضمان فالاباق ليس بسبب يوجب ضمانا للمولي علي عبده وكذلك لو كفل بدابته ان انفلتت منه أو بشيء من ماله ان تلف لان الكفيل يلتزم مطالبة هي علي الاصيل وذلك ينعدم هنا ولو استودع رجلا وديعة علي أن هذا كفيل بها ان أكلها أو جحدها فهو جائز علي ماشرط لانه أضاف الكفالة الي سبب وجوب الضمان والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وكذلك لو قال أنا كفيل بما صالحته عليه من مال من القصاص الذى تملك عليه في نفس أو من مال لك عليه لانه أضاف الكفالة بالمال الى سبب توجه المطالبة بها وكذلك لو قال ان قتلك فلان خطأ فانا ضامن لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن ارشه لانه أضاف الكفالة بالارش الى سبب موجب له وهو مما تجرى النيابة في ايفائه ولو قال ان أكلك سبع أو ذئب فأنا ضامن لديتك فهذا باطل لانه ماأضاف الضمان الى سبب موجب له ولو قال ان غصبك انسان فأنا ضامن له فغصبه انسان شيئا فلا ضمان عليه لانه عم معناه أن المكفول عنه مجهول جهالة متفاحشة وذلك يمنع انعقاد الكفالة مضافا كان أو مجردا ولو خص انسانا أو قوما لزمه ذلك لان المكفول عنه معلوم ولو دفع ثوبا الى قصار يقصره بأجرة وكفل به رجل ان أفسده كان جائزا لان الأجير المشترك ضامن لما جنت يده فقد أضاف الكفالة الي سبب موجب الضمان فصحت الكفالة لهذا ولو ادعى قبل رجل قصاصا في نفس أو دونها أو حدا في قذف وسأل القاضي أن يأخذ له كفيلا بنفسه وقال بينتي حاضرة لم يجبه القاضي الى ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجيبه الى ذلك لان تسليم النفس مستحق علي الاصيل الطالب في هذا الموضع فتصح الكفالة به كما في دعوى المال وهذا لان تسليم النفس تجرى فيه النيابة فالكفيل انما يلتزم مايقدر علي ايفائه وأبو حنيفة رحمه الله يقول تسليم النفس هنا لمقصود لا تصح الكفالة به وهو الحد والقصاص فلا يجبر علي اعطاء الكفيل بالنفس فيهما بخلاف المال وهذا لان العقوبات تدرأ بالشبهات فلا ينبغي للقاضي أن

يسلك فيها طريق الاحتياط بالاجبار على اعطاء الكفيل بالنفس لان ذلك يرجع الى الاستيثاق وهو ضد موضوع العقوبات ولكن السبيل أن يقول له الزمه ما بينك و بين قيامى فان أحضر البينة قبل أن يقوم القاضى والا خلي سبيله ولو أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضى فان أقام شاهدين أو واحدا عدلا يعرفه القاضى فان القاضي يحبسه فى السجن حتى يسأل الشهود لانه صار متهما بارتكاب الحرام الموجب للعقوبة حين تم أحد شطرى الشهادة والحبس مشروع فى حق مثله (ألا ترى) أن الداعر يحبس ولا يكفل حتى يأتى بشاهد آخر لان الكفيل للاستيثاق بالحدود والقصاص وذلك غير مشروع فأما الحبس للتعزير فهو مشروع فى حق من هو متهم بارتكاب الحرام وعلى قولهما لا يحبسه قبل تمام الحجة الموجبة للقضاء ولكنه يكفله ثلاثة أيام كما فى دعوى المال ولو ادعى قبل رجل مالا بسرقة منه وقال بينتي حاضرة فانه يؤخذ له منه كفيل بنفسه ثلاثة أيام لان المدعي مال والاستيثاق بالكفالة فيه مشروع فان قال قبضت منه السرقة لكنى أريد أن أقيم عليه الحد لا يؤخذ منه كفيل لان الحد يجب لله تعالى وهو ينبنى على الدرء والاسقاط فلا يستوثق بأخذ الكفيل بالنفس فيه وكذلك حد الزنا فان طلب المشهود عليه من الذى شهد عليه بالزنا حد القذف فقال الشاهد عندى بذلك أربعة شهداء أجل فيه الى قيام القاضى ليظهر عجزه بهذا الامهال عن اقامة أربعة من الشهداء فان لم يحضرهم أقام عليه حد القذف لان السبب الموجب للحد قد تقرر وهو القذف مع العجز عن اقامة أربعة من الشهداء ولم يخل عنه ولا يكفل لان ذلك يرجع الى الاستيثاق ولكن الطالب يلزمه الي قيام القاضى مراعاة لحقه حتى لا يهرب فان قال الشاهدان المشهود عليه عبد فالقول قوله لان ثبوت حريته بطريق الظاهر وبمثله يدفع الاستحقاق ولا يستحق الحد وان طلب المقذوف من القاضى ان يأخذ له منه كفيلا حتى يحضر البينة انه حر لم يؤخذ لان هذا استيثاق لاقامة الحد ولكن القاذف يحبس على وجه له فقد استوجب ذلك باشاعة الفاحشة حرا كان المقذوف أو عبدا ويؤجل المقذوف أياما بمنزلة ما لو أقام رجل عليه البينة بالرق فزعم ان له بينة حاضرة على الحرية وكما يؤجل هناك أياما ليتمكن من اثبات حريته بالبينة فكذلك هنا وان أقام رب السرقة شاهدين على السارق وعلى السرقة وهى بعينها فى يديه لم يؤخذ منه كفيل ولكنه يحبس وتوضع السرقة على يدى عدل حتى يزكى الشهود لان في الاشتغال بأخذ الكفيل بنفسه أو بالعين المسروقة استيثاقا لاقامة الحدود

ذلك غير مشروع ولكنه يحبس على وجه التعزير وتوضع السرقة على يدى عدل لان السارق غير مأمون على العين المسروقة والمدعى عليه المال اذا كان يخاف منه ان يتلف المال فللقاضى أن يضعه على يدى عدل بعد اقامة البينة حتى يزكى الشهود واخراج العين فيه نوع تعزير له واذا ادعي عبد علي حر قذفا وأراد أن يعذر له أو ادعي رجل قبل رجل مسئلة فيها تعزير وقال بينتي حاضرة أخذ له منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام لانه ليس بحد وانما هو تعزير وهو من حقوق العباد حتي يجوز العفو عنه وهو مما لا يندرئ بالشبهات التى هى فى معني البدل بمنزلة الاموال ولو ادعت امرأة على زوجها انه قذفها والزوج حر أوعبد لم يؤخذ منه كفيل في قول أبى حنيفة رحمه الله لان اللعان فى قذف الزوج زوجته بمنزلة الحد فى قذف الأجنبي وقد بينا الخلاف هناك بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فكذلك هنا ولو ادعى الولد قبل الوالد قذفا لم يؤخذ منه كفيل ولم يترك ان يلزمه لان الا بن لا يستوجب علي والده شيئا من نوع العقوبة تعزيرا كان أو حدا أو قصاصا وكذلك لا يستوجب عليه الحبس فى دين له واجب عليه وكذلك لا يستوجب الملازمة فى دعواه قبله وكذلك لو ادعاه قبل والدته أوجده أو جدته وكذلك لو ادعي عبد ان مولاه قذف أمه وهى حرة مسلمة لان حقوق الملك فى اخراج المملوك من أن يكون أهلا لاستيجاب العقوبة على مالكه بمنزلة الولادة ولو ادعى حر قبل عبد قذفا فأراد أن يأخذ منه كفيلا بنفسه أونفس مولاه وخاف أن لا يقام عليه الحد الا بمحضر من مولاه لم يؤخذ له الكفيل من واحد منهما ولكنه يؤمر بتلازمهما الى أن يقوم القاضى في قول أبى حنيفة رحمه الله ولو أقام البينة عليه بذلك بمحضر من مولاه فان العبد يحبس له ويؤخذ له من مولاه كفيل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله لا يحبس العبد ولكن يؤخذ له كفيل بنفس العبد خاصة دون نفس المولي وفى قول محمد رحمه الله يؤخذ له الكفيل بنفس العبد ونفس مولاه والذى قال فى الكتاب ان قول محمد رحمه الله مثل قول أبى حنيفة رحمه الله انما يريد به أخذ الكفيل من المولى فأما حبس العبد فقوله كقول أبى يوسف رحمه الله وهو بناء على مسئلتين احداهما ما بينا من اخذ الكفيل بنفس المدعى قبله حد القذف والاخرى ما تقدم بيانه في الآبق أن حد القذف بالبينة لا يقام على العبد الا بمحضر من مولاه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبى يوسف رحمه الله يقام عليه وان لم يحضر المولى فقال أبو يوسف رحمه الله لا يأخذ الكفيلين بنفس

المولى لانه لاحاجة الي حضوره فى اقامته الحد ويؤخذ الكفيل بنفس العبد ولا يحبس قبل اقامة البينة ولا بعدها قبل ظهور عدالة الشهود لان هذا بمنزلة المال عنده فى حكم الكفالة بالنفس وقال محمد رحمه الله كذلك الا أنه قال يؤخذ الكفيل بنفس المولى لانه لا بد من حضرة المولى لاقامة الحد على العبد عنده وعند أبى حنيفة رحمه الله فى دعوى حد القذف لا يجبر على اعطاء الكفيل بالنفس قبل اقامة البينة ولكن يصار فيه الى الملازمة ولا بد من حضرة المولى عنده لاقامه البينة فيكون للمدعي أن يلازمهما وبعد اقامة البينة يحبس العبد تعزيرا كما يحبس الحر اذا قامت البينة عليه بالقذف ويؤخذ من مولاه كفيل لانه لا بد من حضرة المولى لاقامة الحد ولا سبيل الى حبسه لانه ماارتكب حراما فيؤخذ منه كفيل نظرا للمدعي لانه ليس فى أخذ الكفيل من المولى هنا توثق بحد عليه اذ لاحد على المولى ولو ادعى رجل على رجل حدا فى قذف فأقام شاهدين على شهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين لم يكفل ولم يحبس وكذلك هذا في القصاص لانه لامدخل لهذا النوع من الحجة فى حد أو قصاص ولو كان هذا فى سرقة أخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود لان المال يثبت بهذه الحجة فان زكوا قضى عليه بالمال وكذلك كل جراحة لاقصاص فيها لا فى دعوى المال وبمثل هذه الشهادة يثبت المال فاذا ادعى رجل دم عمد على ثلاثة نفر فأقر اثنان منهم بذلك وشهدا على الثالث أنه قتل معهما عمدا فانهما يحبسان فاقرارهما على أنفسهما بمباشرة السبب الموجب للعقوبة ولا يحبس الآخر بشهادتهما ولا يكفل لان شهادتهما ليست بمقبولة على الثالث فانهما فاسقان ولانهما يشهدان بفعل كان مشتركا بينه وبينهما ولا شهادة لهما فى مثله فانما يبقى فى حق الثالث مجرد دعوى المدعي وبه لا يثبت الحبس ولا التكفيل ولو كان أولياء الدم ثلاثة فادعى أحدهم على رجل وادعى الآخر على الشريك قتل العمد وكل واحد منهما يدعى بينة حاضرة لم يحبس أحد منهم ولكن يؤخذ من كل واحد منهم كفيل ثلاثة أيام لانه لاقصاص فى هذه الدعوى وانما انهاء المال بشئ واحد منهما على من بينته عليه فى دعوى المال يكفل بالنفس ثلاثة أيام ولو ادعي رجل قبل رجل قطع يد عمدا ثم أبرأه وادعاه على آخر لم يكفل الثانى ولا تقبل بينة عليه لوجود التناقض منه فى الدعوى فان أقر الثانى بذلك قضى عليه لانه مناقض صدق خصمه فى ذلك الا انه لا يقضى عليه بالقصاص لان ماتقدم من الدعوى منه على غيره يمنعه من استيفاء القصاص منه فيصير ذلك شبهة فى حق القصاص

دون المـال وهذا مشكل فان تعذر استيفاء القصاص لمعنى من جهة من له الحق وهو يناقضه فى الدعوى وفى مثله لا يقضى بالدية كما لو قال قتلت وليك عمدا فقال لا بل قتلته خطأ لا يقضى بالمـال وكل مالا قصاص فيه فهو بمنزلة الخطأ فى حكم الكفالة حتى اذا ادعى على رجلين قطع يد عمدا أخذ له منهما الكفيل بالنفس لان هذا غير موجب للقصاص وانمـا الدعوى فيـه دعوى المـال ولو أقام شاهدين عدلين على قتل خطأ قضى له بالدية ولا حبس على القاتل فى ذلك ولا كفالة لان الخاطىء معذور والخطأ موضع رحمة من الشرع علينا فالخاطىء لا يستوجب التعزير الا أن يكون داعرا فيحبس للدعارة لان فى حبس الداعر تسكين الفتنة ولو أن رجلا قطع يمينى رجلين فاجتمعا وطلبا كفيلا بنفسه لا يؤخذ لهما منـه كفيل بنفسه من قبل ان كل واحد منهما يدعي القصاص (ألا ترى) أن أحدهما اذا أقام البينة قضى له بالقصاص واذا أقاما جميعا البينة قضى لهما بالقصاص حتى اذا بادر أحدهما واستوفى كان مستوفيا لحقه الا انهما اذا استوفيا القصاص يقضى لهما حينئذ بارش اليد وقضى بنصف طرفه حقا مستحقا عليه لكل واحد منهما واذا ثبت أن دعوى كل واحد منهما دعوى القصاص لم يؤخذ الكفيل بنفسه فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولو ادعى رجل قبل رجل قطع يد عمدا ويد القاطع شلاء فقال المدعي أنا أختار الدية فخذ لي منه كفيلا بنفسه أخذ له الكفيل لان باختياره يتعين حقه فى المال وفى دعوى المـال تجري الكفالة بالنفس واذا ادعى رجل قبـل رجل شتمة فاحشة وأقام عليه شاهدين بالشتمة لم يحبس المدعي عليه ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود ولمـا بينا أن دعوى التعزير كدعوى المال وفى دعوى المال لا يحبس ما لم تظهر عدالة الشهود ثم الحبس نهاية العقوبة فى هذه الدعوى (ألا ترى) أن بعد عدالة الشهود لو رأى القاضى أن يحبسـه أياما عقوبة ولا يعزر بالسوط كان له ذلك فلما كان الحبس له نهاية العقوبة هنا لا يمكن اقامتها قبل ظهور العدالة بخلاف القصاص والحدود وأشار في الحدود والقصاص الى أن على قولهما بعـد اقامة البينة قبل ظهور عدالة الشهود يحبس ولا يؤخذ الكفيل ولكن يبرأ الكفيل ان كان أخـذه منه (تأويله) بعد ظور العدالة فأما قبل ذلك فلا يشتغل بحبسه عندهما على مافسره فى دعوى الحد على العبد وان كان المدعى عليه الشتمة رجلا له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسـه ولا أعزره اذا كان ذلك أول مرة لان احضاره مجلس القاضى فيه نوع تعزير فى حقه فيكتفى به فى أول مرة ويؤخذ بمـا رواه

الحسن رحمه الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تجافوا عن ذوي المروءة الا في الحد واذا ادعى رجل قبل رجل شيئا يجب عليه فيه عقوبة فأخذ منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام فهرب المكفول به وقدم الطالب الكفيل الى القاضي فانه يحبسه حتى يجي به لانه التزم تسليم نفسه فيحبس لايفاء ماالتزمه ولو ادعى قبل رجل انه ضربه وخنقه وشتمه وأن له بينة حاضرة أخذت له منه كفيلا ثلاثة أيام فان أقام علي ذلك شاهدين أو شاهدا وامرأتين أوشاهدين على شهادة شاهدين عزر به لان التعزير بمنزلة المال يثبت مع الشبهات وقد بينا في كتاب الحدود أنه لايبلغ بالتعزير أربعين سوطا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا اذا كان في أمر متفاحش وتعزير العبد في مثل ذلك تسعة وثلاثون سوطا عنده ذكر هذه الزيادة هنا لان الاربعين حد في حق العبد وقد قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ولو ادعت امرأة قبل زوجها أنه ضربها ضربا فاحشا وادعت بينة حاضرة أو ادعى رجل ذلك قبل ولده الكبير أوقبل أخيه يؤخذ منه كفيل ثلاثة أيام وكذلك الذمي يدعي الشتمة قبل المسلم أو الذمي أوالعبد يدعيها قبل الحر لان الدعوى في هذا كله دعوى التعزير والكفالة فيه مشروعة واذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئا فكفل ابنه أجنبي للغريم بما له على الميت لم تجز الكفالة في قول أبي حنيفة رحمه الله وهي جائزة في قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهما الله واذا كان الميت ترك وفاء جازت الكفالة عندهم جميعا وان ترك شيئا ليس فيه وفاء فانه يلزم الكفيل بقدر ماترك الميت في قوله وفي قولهما يلزمه جميع ما كفل به وحجتهم في ذلك ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة رجل من الانصار ليصلي عليه فقال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فقال صلوات الله عليه وسلامه صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة هما علي يارسول الله وفي رواية قال ذلك علي كرم الله وجهه فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لماصلي عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الكفالة وعن عبد الحميد بن أبي أمية عن رجل من الانصار انه قال لاصحابه من استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل فاني شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أتى بجنازة رجل من الانصار فقال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم دين فقالوا نعم فقال صلوات الله عليه وسلامه وما ينفعكم صلاتي عليه وهو في قبره مرتهن بدينه ثم قال صلى

الله عليه وسلم فمن ضمنه قمت فصليت عليه فهذا تنصيص على تصحيح الضمان عن الميت المفلس والمعنى فيه انه كفل بدين واجب فيصح كما فى حال حياة المديون وهذا لان الدين كان واجبا عليه فى حال حياته فلا يسقط الا بايفاء أو ابراء أو انفساخ سبب الوجوب وبالموت لا يتحقق شئ من ذلك (ألا ترى) انه مؤاخذ به فى الآخرة مطلوب به ولو تبرع انسان بقضائه جاز التبرع الا انه تعذرت مطالبته به فى الدنيا بموته وبهذا لا يخرج الحق من أن يكون مطلوبا فى نفسه كما لو أفلس فى حال الحياة وكالعبد اذا أقر على نفسه بدين ثم كفل عنه كفيل به صح وان كان هو لا يطالبه فى حال رقه لان الحق مطلوب فى نفسه وهذا لان ذمته باقية بعد الموت حكما لانها كرامة اختص بها الآدمى وبموته لا يخرج من أن يكون محترما مستحقا لكرامات بنى آدم (ألا ترى) أنه لو مات مليا بقى الدين ببقاء ذمته حكما لا للانتقال الى المال وليس بمحل لوجوب الدين فيه وانما هو محل القضاء الواجب منه ولو كان بالدين رهن بقى الرهن على حاله وان كان مات عن افلاس بأن كان الرهن مستعارا من انسان وبقاء الرهن لا يكون الا باعتبار بقاء الدين ولو قتل عمدا وهو مفلس فكفل به كفيل بالدين الذى عليه صح والقصاص الواجب ليس بمال ولو لم تكن الذمة باقية حكما لما صحت الكفالة هنا وهذا بخلاف دين الكتابة فالحق هناك غير مطلوب وكذلك الديون الواجبة لله تعالى فانها غير مطلوبة في الحكم فى الدنيا والكفالة تكون بالحق فيشترط كون الحق مطلوبا فى نفسه علي الاطلاق وهناك الحق مطلوب فى نفسه وبموته لم يتغير الحكم فبقي مطلوبا وجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن الحق قد توى وانما تصح الكفالة بالقائم مثلا من الدين دون التاوى وبيان ذلك هو انه لا يتصور قيام الحق بدون محله ومحل الدين الذمة وقد خرجت ذمته بموته من أن يكون محلا صالحا لوجوب الحق فيها فان الذمة عبارة عن العهدة ومنه يقال أهل الذمة وأصل ذلك من الميثاق المأخوذ على الذرية المأخوذة من ظهر آدم صلوات الله عليه قال تعالى وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم الآية وتمامه بالالزام المذكور فى قوله تعالى وكل إنسان ألزمناه طائره فى عنقه وذلك باعتبار صفة الحياة قبله فأما بالموت فخرج من أن يكون أهلا لالتزام شئ من الحقوق فى أحكام الدنيا فعرفنا أنه لم يبق له ذمة صالحة تكون محلا للحق ولكنه فى أحكام الآخرة معدّ للحياة فتبقى الذمة في أحكام الآخرة ولهذا كان مؤاخذا به وهو معد للحياة في الدنيا عادة فلا تبقى الذمة فى أحكام الدنيا وباعتبار المطالبة

فى أحكام الآخرة لا يمكن تصحيح الكفالة كما فى ديون الله جلت قدرته والدليل عليه أن الذمة لم تبق محلا لوجوب الحق فيها بعد الموت وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام فكذلك يشترط المحل لبقاء الحق ولم يبق المحل فلا يبقى فى أحكام الدنيا أيضا والكفيل انما يلتزم المطالبة بما على الاصيل ولا يلتزم أصل الدين فى ذمته ولم يبق فى ذمة الاصيل شيء فى أحكام الدنيا فلا تصح الكفالة وهذا الدين فى حكم المطالبة دون دين الكتابة فالمكاتب يطالب بالمال وان كان لا يحبس فيه ثم هناك الكفالة به لا تصح فهنا أولى بخلاف المفلس فى حال الحياة فان ذمته محل صالح لوجوب الحق فيها ابتداء فبقى الواجب وبخلاف العبد أيضا فان له ذمة صالحة لوجوب الحق فيها وان ضعفت ذمته بسبب الرق وبخلاف ما اذا مات مليا فالمال هناك خاف عن الذمة فيما هو المقصود وهو المطالبة والاستيفاء لان الاستيفاء يكون من المال بجعل الاصل قائما حكما وهنا لم يبق حلف بعد موته مفلسا وتوهم أن يتبرع انسان بماله فيقضى عنه الدين لا يجعل مال الغير خلفا عن ذمته قبل جعل صاحبه وبخلاف ما اذا كان بالدين كفيل لان ذمة الكفيل هنا خلف عن ذمته وبعد صحة الكفالة قد يتحول الدين الى ذمة الكفيل عند الضرورة وهو عند أداء الكفيل أو الهبة وقد تحققت الضرورة هنا فلهذا بقى الكفيل فى الكفالة وكذلك الرهن خلف عن الذمة فيما هو المقصود وهو استيفاء الدين منه بقدر استيفائه من محل آخر واذا قتل عمدا فقد قال بعض أصحابنا رحمهم الله لا تصح الكفالة عند أبى حنيفة رحمه الله وبعد التسليم يقول القصاص الواجب بفرض أن يصير مالا بعفو بعض الشركاء أو تمكن الشبهة فتوهم توجه المطالبة فى الدنيا بقضاء ذلك الدين يجعل الذمة باقية حكما فتصح الكفالة لهذا المعنى والحديث المروى في الباب يحتمل أن يكون ذلك من أبى قتادة أو على رضى الله عنهما اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فى الكفالة سواء والعموم بحكاية الحال لا يثبت ويحتمل أن يكون وعدا منهما لا كفالة وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة علي الميت ليظهر طريق لقضاء ما عليه فلما ظهر الطريق لوعدهما صلى عليه لهذا (ألا ترى) انه ماروى انه كان يقول لعلي رضى الله عنه بعد ذلك مافعل الديناران حتى قال يوماً قضيتهما فقال صلى الله عليه وسلم الآن بردت عليه جلدته ولم يجبره على الاداء وبه يتبين انه كان وعدا لا كفالة والحديث الآخر شاذ ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم عرف أن لذلك الرجل مالا ولكنه ما كان ظاهرا عند الناس فلهذا ندبهم الى الضمان عنه ليصلي

عليه ثم هذا حكم منسوخ لاجماعنا على جواز الصلاة على المديون المفلس والاستدلال بالمنسوخ لا يقوى والله أعلم بالصواب

باب كتاب القاضي فى الكفالة

(قال رحمه الله) واذا كتب القاضي الى القاضي فى كفالة بنفس رجل كفل به بأمره فأراد أن يقبل معه حتى يوافيه به فأقام على كتاب القاضي شاهدى عدل وكتب انه قد قامت عنده البينة العادلة انه كفل بنفسه بأمره فان القاضي يأمره بالخروج معه حتى يوفى مكانه ويخلصه مما أدخله فيه لان الكفالة بالنفس تثبت مع الشبهات فيثبت كتاب القاضي الى القاضي ثم الثابت بالبينة عند القاضي المكتوب اليه كالثابت باقرار الخصم ولو أقر الخصم بذلك فى الذمة بالخروج معه لانه هو الذى أوقعه فى هذه الورطة حين أمر أن يكفل بنفسه فعليه أن يخلصه ههنا كما لو أمر بالكفالة بالمال كان عليه تخليصه مما يلزمه به فان كفل بالبصرة وجاء بالكتاب من قاضي البصرة الى قاضي الكوفة بذلك فانه يؤمر أن يوافيه حتى يبرئه من ذلك لانه انما يلزمه تسليمه فى الموضع الذى التزم التسليم فيه ولا يقدر على ذلك الا بموافاة الآمر معه الى ذلك الموضع وكذلك لو كان كفل به بالكوفة على أن يوافى به بالبصرة فأخذ الطالب بالكوفة فانه يأمره القاضي أن يوافى معه بالبصرة حتى يبرئه لما قلنا ولو كفل بنفسه بالكوفة على أن يدفعه بالكوفة وأخذه الطالب بالبصرة فطلب كتاب قاضي البصرة الى قاضي الكوفة بذلك ليأمره بأن يوافى معه البصرة لم يجبه الى ذلك ولو كتب له يجبر قاضي الكوفة المكفول به على الذهاب معه الى البصرة لان مطالبة الطالب بالبصرة لا تلزم الكفيل شيئا فانه ما التزم تسليمه اليه بالبصرة ولو طالب الكفيل كتاب قاضي البصرة ببينة بالكفالة بأمره فانه يكتب له بذلك حتى اذا قدم الكوفة وطالب الطالب بالتسليم فامتنع الاصيل وجحد الآمر بالكفالة كان كتاب قاضي البصرة حجة له عليه ولو كتب القاضي الى القاضي كتابا فى كفالة بنفس رجل ولم يبين فى كفالته انه كفل بأمره فانه لا يؤخذ له بذلك بمنزلة مالو أقر انه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بمال بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لانه التزمه باختياره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره واذا كان الكفلاء بالمال ثلاثة وبعضهم كفلاء عن بعض فأدى المال أحدهم والكفيلان الآخران فى بلدين

وصاحب الاصل في بلد آخر فأقام البينة بذلك عند القاضى وسأله أن يكتب له به فانه يكتب له ثلاثة كتب الي كل بلد بصفة الكفالة وحالها وأداء المال لانه يحتاج الى ذلك كله فربما تقصد أخذ الثلاثة فلا بد من أن يعطيه مايكون حجة له عليه الا أنه يكتب الى كل قاض بما كتب به الى القاضى الآخر على سبيل النظر فيه للخصوم لكيلا يلتبس المدعي ويأخذ مالا على حدة كل كتاب عن كل خصم ولا بد من أن يسمى فى كتابه الشهود وآباءهم وقبائلهم لان هذا الكتاب لنقل الشهادة فلا بد من اعلام الشاهد فيه واعلامه بذكر اسمه واسم أبيه وقبيلته فان أخذ أحد الكفلاء فقال قد أخذت من الكفيل معى نصف المال أو من الاصيل المال فعليه البينة لان الاصيل لو ادعى ذلك بنفسه كان عليه أن يبينه بالبينة فكذلك اذا ادعى ذلك الكفيل وهذا لان السبب الموجب للرجوع له بنصف المال على الذى أخذه ظاهر وهو يدعي مانعاً أو مسقطا فعليه اثباته بالبينة فان لم يكن له بينة حلف الذي ادعى المال وأخذ منه نصفه واذا أدي الكفيل المال وأخذ به كتاب قاض الى قاض فلم يجد صاحبه هناك فان القاضى الذي أتاه بالكتاب يكتب له الى قاض آخر بما أتاه من قاضى كذا لان على المكتوب اليه أن ينظر له ويقبضه علي ما يتوصل به الى حقه كما هو على الكتاب ولان شهوده قد ثبت فى مجلس القاضى المكتوب اليه بالكتاب فهو كما لو ثبت بأدائهم الشهادة فى مجلسه فعليه أن يكتب له الي قاضى البلدة التى فيها خصمه وان رجع القاضى الذى كتب له أول مرة فقال اكتب لى كتابا آخر فانى لم أجد خصمى فى البلد الذى كتب الى قاضيه لم يكتب له حتي يرد اليه كتابه الاول نظرا منه لخصمه لان من الجائز أن يقصد المدعى التابيس ليأخذ مالا بكل كتاب وانما حقه فى مال واحد وان كتب له قبل أن يرد اليه كتابه فقد أساء فى ترك النظر لاى الخصمين وميله الى أحدهما وتمكينه من التلبيس وليبين فى كتابه أنه قد كتب له فى هذه النسخة الى قاضى كذا وكذا فبهذا يندفع بعض التلبيس ويحصل للقاضي الكاتب التحرز عن التمكين من الظلم واذا كتب للقاضى بمال أداه كفيل عن كفيل فهو جائز ويؤخذ به الكفيل الاول للثانى اذا كان هو الذى أمره به ولا يؤخذ به الذى عليه الاصل ولم يأمره بالكفالة عنه وانما أمره الكفيل الاول والتخليص انما يجب علي من أوقعه بأمره اياه بالكفالة فى الورطة فان كان الاصل هو الذى أمر الثانى أن يضمن من لم يأمره بشئ وأصل المال على الاصيل فلا فرق بين أن يأمره أن يكفل بذلك المال عنه وبين أن يأمره بأن يكفل به عن كفيله واذا

ادعى الكفيل المال وكتب له القاضي بذلك ولم يكتب فى كتابه انه كفل بأمره فان الذى أتاه الكتاب لا يرد الكفيل بالمال لان الاصيل لو أقر بكفالته عنه وجحد أن يكون أمره بذلك لم يكن له أن يرجع عليه بشىء فكذلك اذا ثبت ذلك بالبينة وان جاء الكفيل بكتاب من قاض آخر انه كفل عنه بأمره فهو مستقيم ويؤخذ له بالمال بمنزلة مالو أقر الخصم بذلك أو شهد عليه شاهدان والله تعالى أعلم بالصواب

باب الشهادة واليمين فى الحوالة والكفالة

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل على رجل كفالة بنفس رجل وشهد له شاهدان فاختلفا فى الوقت أو فى البلد الذى وقعت الكفالة فيه أو فى الاجل بأن قال أحدهما الى شهر وقال الآخر الى شهرين أو قال أحدهما حال وقال الآخر الى شهر فالكفالة لازمة فى ذلك كله لانه قول يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به وهو أصل الكفالة باختلافهما فى هذه الاشياء ولو شهدا أن هذا كفل لهذا بنفس رجل لا نعرفه ولكن نعرف وجهه ان جاء به فهو جائز لانهما يشهدان على قول الكفيل ويجعل ماثبت من قوله بشهادتهما كالثابت باقراره فيقضى القاضى به ويأمره أن يأتى به على معرفتهما ولو قالا لا نعرف وجهه أيضا فانه يؤخذ بالكفالة بمنزلة مالو أقر عند القاضى بأنه كفل بنفس رجل لهذا ثم يقال له أى رجل أتيت به وقلت هو هذا وحلفت عليه فأنت برىء من الكفالة وهذا لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار فالقول في بيانه قول المقر بمنزلة مالو أقر أنه غصب من فلان شيئا أو شهد الشهود على اقراره بذلك ولو قال أحدهما كفل بنفس فلان وقال الآخر كفل بنفس فلان الآخر لم تجز الشهادة لاختلافهما فى المشهود به علي وجه لا يمكن التوفيق فيه ولو ادعى رجل كفالة بنفس رجلين فأقام شاهدين فأثبتا كفالة أحدهما واختلفا فى الآخر فأثبته أحدهما وشك الآخر فيه فانه يؤخذ بالكفالة التى اجتمعا عليها لان الحجة فيها قد تمت وفى الآخر لم تتم الحجة حين شك فيه أحدهما والكفالة بأحدهما تنفصل عن الكفالة بالآخر . ولو شهد رجلان على رجل انه كفل لأبيهما ولرجل بنفس فلان كانت شهادتهما باطلة لانهما يشهدان بلفظ واحد وقد بطلت شهادتهما فى حق أبيهما فتبطل فى حق الآخر أيضا اذ المشهود به لفظ واحد ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل لفلان بنفس فلان فان لم يواف به غدا فعليه ماعليه وهو ألف درهم

فهو جائز لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو اقرار الخصم فان اختلفا فى الوقت أو المكان أو الاجل فشهادتهما جائزة اذا ادعى الطالب أقرب الاجلين فان ادعى أبعد الاجلين لم تقبل الشهادة لانه قد أكذب الذى شهد باقرارهما حين ادعى الابعد وانما أكذبه فيما شهد له به وا كذاب المدعي شاهده فيما شهد له يبطل شهادته بخلاف الاول فهناك انما أكذب الشاهد بأبعد الاجلين فيما شهد عليه به وذلك لا يضره وهو بمنزلة مالو ادعى ألفا وشهد له أحد الشاهدين بألف وخمسمائة لاتقبل ولو ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له أحد الشاهدين بألف قبلت شهادتهما على مقدار الالف لهذا المعنى ولو اختلفا فى المال فشهد أحدهما بدراهم والآخر بدنانير لم تجز شهادتهما في شيء من ذلك اذا ادعى الطالب النصفين وقال لم يشهد لي بالنصف الآخر لانه أكذب أحدهما فيما شهد له به فتبطل شهادتهما فى جميع ما شهدا به وان ادعى النصفين جميعا جازت شهادتهما فى الكفالة بالنفس وبطلت فى المال لانه ما أكذب واحدا منهما فيقضى بشهادتهما فيما اتفقا عليه ويتعذر القضاء فيما تفرد به كل واحد منهما فان اتفقا فى المال انه ألف درهم فقال أحدهما قرض وقال الآخر ثمن مبيع وقال لم تشهد لى على القرض فقد أكذب الشاهد بالقرض فلا تجوز شهادته له فى شيء من ذلك وان ادعى الطالب ألفين ألف قرض وألف ثمن مبيع فهو ما أكذب واحدا منهما فتجوز شهادتهما له فى الكفالة بالنفس وفى ألف درهم لاتفاقهما على وجوب الألف واختلافهما في الجهة لا يمنع القضاء بالمال لانهما اختلفا ولم يختلفا بقلة ولان الجهة غير مطلوبة بعينها وانما المقصود المال بخلاف الاول فقد اختلفا هنا فى جنس المال الذى هو مقصود وان كان الشاهدان كفيلين بالمال عن صاحب الاصل لم تجز شهادتهما لانهما يجران بها الى أنفسهما مغنما فان الطالب اذا أخذ المال من المشهود عليه استفاد البراءة به وكذلك لاتجوز شهادة ولدهما ووالدهما لانه ينفعهما بشهادته وكذلك لا تجوز شهادة ابن الاصيل على الكفيل بذلك لانه ينفع أباه فان الطالب اذا استوفى المال من الكفيل بريء الاصيل وكذلك تجوز شهادة ابن الكفيل اذا أقر به الكفيل وأنكره الاصيل لانه شهد لأبيه فى ثبوت حق الرجوع على الاصيل عند الاداء وان جحد الكفيل وأقر به الاصيل جازت شهادة ابن الكفيل لانه يشهد على أبيه للطالب بالزام المال واذا ادعى رجل على رجل انه كفل له بنفس رجل وبألف درهم له عليه ان لم يواف به غدا وشهد له بذلك شاهدان وشهدا أن المكفول به أمر الكفيل بذلك والكفيل والمكفول به ينكران

المال والامر فقضى القاضي بتلك الشهادة على الكفيل ولم يواف به فأخذ المال وأداه رجع
به على المكفول به عندنا وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه أقر عند القاضي أنه أمره بالكفالة
عنه بشيء واقراره حجة عليه ولانه بزعمه مظلوم فيما أخذ منه المال وليس للمظلوم أن يظلم
غيره ولكنا نقول القاضي أكذبه في اقراره وزعمه حين ألزمه المال بشهادة الشهود والمقر متى
صار مكذبا في اقراره حكما سقط اعتبار اقراره كالمشتري اذا كان أقر بالملك لبائعه فاستحق
المبيع من يده بالبينة رجع على بائعه بالثمن ولم يعتبر اقراره بذلك ولو أقر الكفيل بالكفالة
بالنفس والمال وقال لم يأمرني بذلك فقضى عليه القاضي بذلك ثم جاء الكفيل بالبينة أن
المكفول عنه أمره بالكفالة لم تقبل بينته على ذلك لانه مناقض في دعواه حين أقر انه لم
يأمره بذلك والمناقض لا يقبل بينة على خصمه ولان القاضي انما قضى عليه بالكفالة بالمال
باقراره على نفسه بذلك واقراره ليس بحجة على الاصيل بخلاف الاول فالقضاء هناك كان
بحجة البينة وقد قامت على الكفيل والاصيل جميعا واذا كفل بنفسه بامره فان لم يواف به غدا
فعليه المال ولو ادعى الكفيل انه وافى به لم يصدق الا ببينة لانه ادعى مانعا أو مسقطا بعد
ماظهر سبب وجوب المال عليه وهو الكفالة فان أقام البينة على ذلك برئ من الكفالة
بالنفس والمال جميعا لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ويستوى ان شهدا على الموافاة أو
على اقرار الطالب بذلك فان اختلفا في مكان اقراره أو وقته جازت الشهادة لان الاقرار
قول يكرر وان شهد أحدهما انه دفعه اليه غدوة بمحضر منه بغير اقراره وشهد الآخر انه
دفعه اليه عشية بمحضر منه بغير اقرار والمدعي يدعي أحدهما أو كلاهما وقال دفعته اليه غدوة
أو عشية لم تجز شهادتهما لاختلافهما في المشهود به فان الفعل الموجود في مكان أو زمان غير
الفعل الموجود في مكان أو زمان آخر ولو أقر الكفيل انه لم يدفع الرجل اليه وأن المال
قد لزمه والشهود شهدوا بباطل وقد اتفقت شهادتهما فالمال لازم للكفيل لا كذابه الشاهدين
فيما شهدا به نه ولا يرجع به اذا أداه على المكفول عنه لانه قد أقر به فلزمه ذلك باقراره
بعد ماظهرت حجة براءته واقراره ليس بحجة على الاصيل واذا كفل رجل بنفس رجل فان
لم يواف به غدا فعليه المال فشهد عليه شاهد بذلك معاينة وآخر باقراره والكفيل يجحد ذلك
لزمه ذلك لان الكفالة قول وصيغة الاقرار والانشاء فيه واحدة وفي مثله اختلاف الشاهدين
في الاقرار والانشاء لا يضر كالبيع وان شهدا على رجل أنه كفل لرجل بألف درهم عن

فلان واختلفا في اللفظ فقال أحدهما كفل بها وقال الآخر ضمنها أو قال أحدهما هي لي وقال الآخر هي عليّ فالشهادة جائزة لاتفاقهما فيما هو المقصود وهو الكفالة والالفاظ قوالب المعاني فعند اتفاقهما على العقد المشهود به لا يضرهما اختلاف العبارة كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالنحلة وان قال أحدهما احتال بها عليه وقال الآخر ضمنها له على أن ابرأ الاول أو لم يذكر البراءة وادعى الطالب الضمان أو الحوالة والبراءة فانه يأخذ المحتال عليه بالمال لاتفاق الشاهدين على الحوالة وان اختلفا في العبارة أو لاتفاقهما على التزام المشهود عليه للمال كما اذا شهد أحدهما بالضمان ولم يذكر البراءة وهذا لان في الحوالة ضمانا وزيادة فيقضي بما اتفقا عليه والاصيل بريء باقرار الطالب لا بشهادة أحد الشاهدين بالحوالة ولو ادعى الطالب الضمان بغير براءة وقال لم أحل عليه فانه يأخذ أيهما شاء بالمال لاتفاق الشاهدين على مقدار الالتزام بالضمان والطالب ما أكذب الذي شهد له بالحوالة في شهادته له وانما أكذبه في شهادته عليه وهو براءة الاصيل وذلك لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهدا له بالمال وشهد أحدهما أنه استوفاه أو أنه ابرأ المطلوب منه قال (ألا ترى) انه لو شهد شاهدان انه كفل له بالمال على أن ابرأ الاول والطالب يقول لم ابرئ الاول والكفيل يجحد الكفالة قضيت للطالب بالكفالة وابرأت الاصيل اذا كان هو يدعي شهادتهما على البراءة وبهذا يتبين أنهما في الشهادة على البراءة يشهدان على الطالب لا له وكذلك لو شهدا بالحوالة وقال الطالب انما كفل لي فهو ما أكذبهما فيما شهدا له من ضمان المال. ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل بألف درهم لرجل فقال أحدهما الى سنة وقال الآخر حالة وادعى الطالب حالة وجحد الكفيل أو أقر وادعى الأجل فالمال عليه في الوجهين من قبل أن الطالب لم يكذب شاهده فيما شهد له به وانما أكذبه فيما شهد به عليه والشاهد بالاجل للكفيل واحد وقد بينا فيما سبق أن زفر رحمه الله يخالفنا في جميع هذه الفصول وانه لا يفصل بين الاكذاب فيما شهد به له أو عليه ولو ادعى رجل قبل رجلين كفالة بألف درهم وكل واحد منهما كفيل ضامن بها وشهد له شاهدان فشهد أحدهما بذلك عليهما وشهد الآخر على أحدهما فان الطالب يأخذ الذي اجتمعا عليه بالألف لان كل واحد منهما بحكم هذه الكفالة مطالب بجميع المال وقد تمت الحجة على أحدهما ولو شهد شاهد عليهما وشهد آخر على أحدهما وشهد الآخر على الآخر كان للطالب أن يأخذهما جميعا بالمال لان الحجة قد تمت في حق كل واحد منهما في حق أحدهما لشهادة الاولين

وفى حق الآخر بشهادة الآخر أخذ الاولين مع الثالث وان شهد اثنان على أحدهما انه كفل له هو وفلان عن فلان بألف درهم على أن يأخذ أيهما شاء وشهد له الآخران على كفيل الآخر بمثل ذلك كان له أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان الحجة قد تمت فى حق كل واحد منهما بالتزامه جميع المال ولو شهد له شاهدان بالمال حالا على الاول وشهد له آخران على الآخر بالمال الى أجل على مثل شهادة الاول كان جائزا وأخذ الطالب صاحب الاجل بالمال الى أجله والآخر بالمال حالا اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت بالمعاينة وكذلك ان اختلف الفريقان فى مبلغ المال أخذ الطالب أيهما شاء بما شهد به الشاهدان عليه اعتبارا بما لو أقر كل واحد منهما بذلك القدر واذا ادعى رجل كفالة ألف درهم له على رجل قدسماه فشهد شاهدان انه كفل له بألف درهم عن رجل وقالا رأيناه ولم نعرفه أو لم نره ولكن الكفيل أشهدنا على ذلك فالمال لازم للكفيل لانهما يشهدان على قوله فهو بمنزلة شهادتهما على اقراره والمشهود له معلوم اذا أدى الكفيل المال لم يرجع على المكفول عنه الا أن يشهد له شاهدان انه أمره بذلك وان أراد الطالب أن يأخذ الأصيل دون الكفيل لم يكن له ذلك اذا جحد لان البينة الاولى ليست بحجة على الاصيل حين لم يعرفه الشهود أو لم يروه واذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم أحال بها فلان الغائب وأقام البينة فأدى اليه المحتال عليه رجع بها على المحيل ولم يكلف اعادة البينة عليه لان المحتال عليه التزم بالحوالة بالمال الذى هو على الاصيل وانما يتحول الى ذمته ما كان فى ذمة الاصيل على أن يكون هو خلفا عن الاصيل ولهذا لو مات مفلسا عاد المال الى الاصيل فانتصب هو خصما عنه ومن ضرورة القضاء عليه بالحوالة بالامر القضاء بالمال على المحتال عليه ولو كان الطالب غائبا فأقام المحتال عليه البينة على الاصيل أنه كان لفلان عليك ألف درهم وأحالنه بها علي وأديتها اليه قضيت بها له عليه وهو قضاء على الطالب بالاستيفاء لانه ادعى لنفسه المال على الاصيل ولا يتوصل الى ذلك الا باثبات الاداء الى الطالب ولا يتوصل الاصيل الى دفع ذلك عن نفسه الا بانكار قبض الطالب بالاستيفاء فلا يلتفت الى جحوده بعد ذلك اذا حضر والكفالة فى هذا قياس الحوالة ولو ادعى رجل على رجل كفالة بنفس أو مال أو حوالة ولا بينة له استحلف المدعى عليه فان نكل عن اليمين لزمه ذلك وان حلف برئ ورجع المدعى على صاحب الاصيل بالمال وهذا ظاهر فى الكفالة فان الكفالة لا توجب سقوط مطالبة الطالب عن الاصيل وكذلك فى الحوالة لان

الاصيل انما يبرأ اذا ثبتت الحوالة ولم تثبت حين حلف المحتال عليه ولانه حين جحد وحلف قد تحقق التوى وذلك يوجب عود المال الى الاصيل كما لو مات المحتال عليه مفلسا فان نكل عن اليمين وأدى المال رجع على الاصيل ان كان مقرا أو قامت بينة عليه بالامر وجحود المحتال عليه لا يبطل تلك الحوالة لانه صار مكذبا فى ذلك حين قضى القاضي به عليه ولم يجعل نكوله هنا بمنزلة اقراره بل جعله بمنزلة البينة لانه مضطر الى هذا النكول وانما لحقته هذه الضرورة فى عمل باشره لغيره فهو نظير الوكيل بالبيع اذا نكل عن اليمين فى دعوى العيب فرد عليه كان ذلك ردا على الموكل ولو كان قضى بالمال على الكفيل أو المحتال عليه ببينة قامت عليه بذلك وان فلانا أمره به فأدى المال وصاحب الاصل جاحد للامر فانه يرجع عليه بالمال لانه صار مكذبا شرعا بالبينة التى قامت عليه بذلك ولو كان قضى عليه بالمال بنكوله عن اليمين وأداه فله أن يستحلف الاصيل بالله ما أمره بذلك لما بينا انه مضطر الي النكول الا أن نكوله ليس بحجة على الاصيل في الأمر فيحلفه على ذلك ولو ادعى قبل رجل كفالة بنفس أو مال فقال الكفيل لم أكفل له بشيء وقد أبرأنى من هذه الدعوى فاستحلفه ما أبرانى وقال الطالب بل استحلفه ما كفل به لي فانى استحلفه بالله ماله قبله ذلك لان القاضى انما يشتغل بالاستحلاف على ما هو المقصود وهو قيام الكفالة بينهما فى الحال فيحلف على ذلك فان حلف برئ وان نكل لزمته الكفالة ولم يستحلف الطالب بالله ما أبرأه لان الكفيل يدعى عليه البراءة فيحلف على ذلك لحقه فان نكل عن اليمين برئ الكفيل من كفالته كما لو أقر ببراءته وان ادعى الكفيل بالنفس انه دفعه الى وكيل الطالب حلف الطالب على علمه لانه استحلاف على فعل الغير بخلاف ما اذا ادعى الدفع اليه فانه استحلاف على فعل نفسه فيكون على البتات ولو ادعى رجل قبل رجل كفالة فقال أخذك غلامى حتى كفلت لي بفلان وجحد الكفيل ذلك فانه يحلف على ذلك لانه لو أقر به لزمه تسليم النفس اليه وان كانت الكفالة له بحضرة غلامه دونه فان أنكر يستحلف عليه لرجاء النكول واذا طلب مدعي الكفالة بنفس أو مال ان يحلف الكفيل بالله ما كفل لم يحلف كذلك ولكنه يحلف بالله ماله قبلك هذه الكفالة لان الانسان قد يكفل لغيره ثم يبرأ من كفالته بسبب فلو حلفه القاضى ما كفل يضر به لانه لا يمكنه أن يحلف وان كان هو محقا فى انكاره الكفالة فى الحال والقاضى مأمور بالنظر للخصمين فلهذا يحلفه بالله ماله قبلك هذه الكفالة وكذلك هذا فى كل دين ومال وديعة وعارية وشراء واجارة

فانه لايحلف ما اشتريت ولا استودعك ولا أعارك ولا استأجرت منه ولكن يحلف بالله ماله قبلك مادعي به وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال هذا اذا عرض المدعي عليه فقال أيها القاضي قد يكفل الانسان ثم يبرأ منه فلا يلزمه شيء فأما اذا لم يشتغل بهذا التعريض فانه يحلف بالله ما كفلت لانه انما يستحلف على جحوده وقد جحد الكفالة أصلا فيحلف على ذلك فاذا عرض فقد طلب من القاضي أن ينظر له فعلى القاضي اجابته الى ذلك وان لم يعرض فهو الذى لم ينظر لنفسه فلا ينظر القاضي له ولكنه يحلفه على جحوده وفي ظاهر الرواية قال هذا التعريض لايهتدى اليه كل خصم وعلى القاضى أن يصون قضاء نفسه عن الجور ونفسه عن الظلم فيحلفه على مابينا عرض الخصم أو لم يعرض ولو قال الكفيل للقاضى حلف الطالب ان له قبلي هذه الكفالة فانى أرد عليه اليمين فانه لم يرد عليه اليمين لان الشرع جعل اليمين على المنكر فاذا رددت اليمين على المدعى فقد خالفت الاثر وقد بينا هذا فى الدعوى ولو جاء الطالب بشاهديه على قوله فقال المطلوب استحلفه بالله لقد شهدت شهوده على حق لم أستحلفه على ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل البينة على المدعي فاذا جعلت عليه مع البينة يمينا فقد جعلت ما لم يجعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك ممتنع والله أعلم بالصواب

باب كفالة الرجلين على شرط لزوم المال بترك الموافاة

(قال رحمه الله) واذا كفل رجل لرجلين بنفس رجل فان لم يواف به ادى ما ادعيا به عليه فعليه مالهما عليه وسمى لكل انسان منهما الذى له عليه وهو مختلف فهو جائز لانه نجز الكفالة بالنفس لكل واحد منهما وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة اذا دعياه وذلك صحيح فى حق كل واحد منهما عند الانفراد فى حقهما فان دعاه أحدهما ولم يواف به لزمه ماله عليه لوجود الشرط فى حقه ولم يلزمه مال الآخر حتى يدعوه به وبهذا يتبين أن هذا فى المعنى ليس بتعليق للكفالة بالمال بالشرط ولكنه بمنزلة الكفيل بالمال بشرط ابرائه من مال كل واحد منهما بموافاته به اذا دعياه لانه لو كان هذا تعليقا بالشرط لم يجب شيء من المال بوجود بعض الشرط واذا دعاه أحدهما فلم يوافه به فالموجود بعض الشرط وقال يلزمه المال عرفنا انه انما يلزمه لان الموافاة كانت مبرئة له ولم توجد ولو بدأ بالمال فضمنه لكل واحد منهما وقال ان وافيتكما بنفسه اذا دعوتمانى به فأنا برىء من المال فهو مثل الاول وتقديم

المال في هذا وتأخيره سواء لانه وان أخر الكفالة بالمال فى لفظه فهو فى المعنى مقدم وانما هو شرط البراءة عند الموافاة بنفسه اذا دعياه به ولكل واحد منهما أن يأخذ بكفالته دون الآخر لانه فى المعنى كفيل لكل واحد منهما على حدته ويلزمه ذلك دون الآخر وان جمع بينهما فى العقد لفظا بمنزلة مالو أقر لهما بمال فلكل واحد منهما أن يأخذ حصته دون الآخر ولو كان الطالب رجلين متفاوضين لهما على رجل ألف درهم فكفل لهما رجل بنفس المطلوب فان وافاهما به غدا فهو برئ من المال فوافى به أحدهما ودفعه اليه فهو برئ من كفالته بالنفس والمال لهما جميعا لان المتفاوضين كشخص واحد مابقيت المفاوضة بينهما وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى استيفاء ماوجب لصاحبه كما هو قائم مقام صاحبه فى كونه مطالبا بما على صاحبه ولو كانا شريكين شركة عنان برئ من حصة الذى وافاه به ولم يبرأ من الكفالة للآخر لانه فيما هو واجب لصاحبه بمنزلة الاجنبى فى الاستيفاء حتى لا يكون له أن يطالب الغريم به فكذلك لا يبرأ عن كفالة صاحبه بموافاته به ولو كفل رجلان بنفس رجل على أن يوافيا به غدا فان لم يفعلا فالمال عليهما فوافى به أحدهما عنه وعن صاحبه ولم يحضر الآخر فهما بريئان لانهما التزما التسليم بعقد واحد ولو التزما مالا فأداه أحدهما برئا منه جميعا فكذلك الكفالة بالنفس ولو مات أحدهما ثم مضى الاجل ولم يوافيا به لزم الحي منهما نصف المال وفى تركة الميت نصف المال لوجود الشرط وهو عدم الموافاة به ولو كان وافى به بعض ورثة الميت قبل الاجل برئا جميعا لان الوارث قائم مقام المورث فى التسليم ولو كان كفل به كل واحد منهما على حدة فاشترط الطالب على كل واحد منهما انه ان لم يواف به الي وقت كذا فعليه المال فوافى به أحدهما فدفعه فانه يبرأ من كفالته ولا يبرأ الاخر لان الكفالة هنا مختلفة وكل واحد منهما أجنبي عن عقد صاحبه الا أن يقول الذى جاء به دفعته عن نفسي وعن صاحبي ويقبله الطالب على ذلك بمنزلة مالو جاء به أجنبي آخر فدفعه عنهما جميعا وقبله الطالب ولو دفع المكفول به نفسه الي الطالب عنهما جميعا كانا بريئين سواء قبله الطالب أو لم يقبله بمنزلة مالو دفعاه اليه لانه أصيل فى هذا التسليم غير متبرع به بخلاف الاجنبي والله أعلم بالصواب

باب الكفالة بالاعيان

(قال رحمه الله) واذا ادعى عبدا فى يدى رجل فلم يقدمه الى القاضى وأخذ منه كفيلا بنفسه

وبالعبد فمات العبد في يدي المطلوب وأقام المدعى البينة أن العبد عنده فان القاضي يقضي
له بقيمة العبد على المطلوب وان شاء على الكفيل لانه ثبت بالبينة أن العبد كان مغصوبا
والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل رد القيمة عند تعذر رد العين كما أنها واجبة
على الاصيل وان لم يقم البينة ولكن المطلوب نكل عن اليمين فقضى عليه القاضي بالعبد
فمات العبد قبل أن يقبضه فانه يقضى له بقيمته على الاصيل دون الكفيل لان نكوله كاقراره
أو كبدله فلا يكون حجة على الكفيل الا أن يقر الكفيل بمثل ذلك أو يأبى اليمين فيلزمه مثل
مايلزم المطلوب ولو غصب رجل عبدا فضمنه رجل لصاحبه فهو ضامن له حتى يأتى به فان هلك
فعليه قيمته لانه التزم المطالبة بما على الاصيل والقول قول الكفيل فى قيمته لانكاره الزيادة
كالاصيل فان أقر الغاصب بأكثر من ذلك لزمه الفضل باقراره ولا يصدق على الكفيل
ولو اشترى رجل جارية من رجل فقبضها وجاء آخر فادعاها وأخذ بها كفيلا وأقام البينة
أنها جاريته فقضي له بها فقال المطلوب قد ماتت أو أبقت وقال الطالب كذبت فانى أحبس
الكفيل حتى يأتى بها كما أحبس فلانا الاصل حتى يثبت اباقها فان طال ذلك يعنى مدة الحبس
ضمنهما قيمتها مراعاة لحق الطالب اذا طلب وان قال هى بمائة درهم وحلفا عليها وقال
الطالب ألف درهم ضمنهما مائة درهم لان الزيادة انتفت أن تكون قيمتها مالم يقم البينة بها
ويأخذ بها أيا شاء فاذا ظهرت الجارية بعد ذلك فهو بالخيار ان شاء أخذ الجارية ورد القيمة
وان شاء سلم الجارية وسلمت المائة له وقد بينا هذا فى كتاب الغصب قال ولا يسع الغاصب
أن يطأها ما كان للمغصوب منه فيها خيار لان المغصوب منه يملك الجارية من الغاصب بالقيمة
فيكون بمنزلة تمليكها بالبيع وما بقى له الخيار يعنى للبائع فليس للمشترى أن يطأها فهذا مثله
ولو كانوا تصادقوا على القيمة أو قامت لهما بينة أو نكلا عن اليمين فأخذها المغصوب منه ثم
ظهرت الجارية لم يكن للمغصوب منه عليها سبيل لان قبضه القيمة رضا منه بخروجها عن ملكه
فان البدل والمبدل لا يجتمعان فى ملك وكان للغاصب أن يطأها بعد أن يستبرئها بحيضة لتمام
التملك فيها واذا كان عبد في يدى رجل فادعاه رجل وأخذ منه كفيلا به ووكل فى خصومته
ولم يغب المطلوب وغيب العبد فان الكفيل يحبس حتى يجيء به بعينه لانه التزم بالكفالة
احضاره وكذلك لو ظهر المطلوب وغيب العبد حبس حتي يأتى به لانه فى تغييبه قاصدا
الاضرار بالمدعي فانه لا يتمكن من اقامة البينة على استحقاق العين الا بمحضر منه فان قال

المدعى أنا آتى بالبينة انه عبدى قبل ذلك منه ليستحق به العين ان قدر عليه والقيمة ان لم يقدر على العبد فان شهد شاهداه أنه العبد الذى ضمن هذا به وسمياه وجلياه عند فلان قضيت له بالعبد على الكفيل فان أتى به والا قضيت له بقيمته بعد أن يحلف المدعى بالله ماخرج من ملكه بوجه من الوجوه قيل انما يحلف على هذا عند طلب الكفيل وقيل بل يحلف عليه وان لم يطلب الكفيل على وجه النظر من القاضى للغائب والصيانة لقضائه وان شهد شاهداه أن العبد الذى يقال له فلان الفلانى وجلياه لفلان لم أقبل ذلك لان الاسم يوافق الجلية فلا يثبت بهذه البينة انه ضامن للعبد المشهود به انه ملك للمدعى ولكن الكفيل يحبس حتى يأتى به لانه التزم احضاره بالكفالة قبل هذه البينة فان مات الكفيل أخذ به المدعى عليه ان ظهر العبد حتى يأتى به بعد أن يوافق جلية العبد الذى ظهر بشهادة الشهود ليتكمن المدعى من اثبات ملكه بالبينة فان لم يأت المولى بالعبد جليت عنه لان المولى ماضمن شيئا ولم يثبت عليه شيء بالبينة التي قامت على الاسم والجلية وليس المولى فى هذا كالكفيل لان الكفيل التزم الاحضار بكفالته فلا بد من أن يأتى به والمولى لم يضمن شيئا فلا يحبسه القاضى ولا يلزمه شيئا من غير حجة واذا كان العبد فى يد رجل فادعاه آخر وكفل به رجلان فأقام المدعى البينة أنه عبده حبس الكفيلان حتى يدفعاه اليه وان لم يكن له بينة أخذ الكفيلان باحضار ماالتزما احضاره بالكفالة فان قالا قد مات العبد أو أبق وأقاما على ذلك بينة فأنى أخرجهما من السجن لانهما حبسا لاحضاره وقد ثبت بهذه البينة عجزهما عن احضاره ولكن لا أبرئهما من الكفالة لان بتلك الكفالة هما ضامنان للقيمة اذا ثبت ملك الطالب فى العبد بالحجة وادعى الطالب بشهوده أن العبد عبده فان أقام على ذلك بينة أخذ كل واحد من الكفيلين بنصف القيمة وان لم يكن له بينة فلا ضمان على الكفيلين لان الحق لم يثبت على الكفيل ويؤجل الكفيلان فى الاباق أجلا حتى يأتيا به وقد بينا هذا الحكم فى الكفالة بالنفس اذا غاب الاصيل عن البلدة واذا ادعى الرجل فى يدى الرجل أرضا أو حماما أو بستانا وقال بينتى حاضرة أخذ له منه كفيل بالمدعى به لان العقار لا يغيب ولا يحرك ولا يحول ولانه لاحاجة الى احضاره مجلس الحكم لتقع الاشارة اليه فى الدعوى والشهادة ولو استودع رجل رجلا عبدا فجحده ذلك وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد وأقام رب العبد البينة أنه استودعه وقال لا يدرى ما كانت قيمته يوم كفل به الكفيل فالمستودع ضامن لقيمته يوم استودعه على ماشهدت

الشهود لانه ثبت وصوله الى يده وعلى هذه القيمة والجحود موجب عليه ضمان تلك القيمة باعتبار تلك اليد ولا يضمن الكفيل من قيمته الا مايقر به بعد أن يحلف لان الكفيل انما يضمن بعقد الكفالة لاعتبار يد المستودع ولم يثبت بالبينة مقدار قيمته عند الكفالة ولكن ما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه وهذا نوع من الظاهر يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق فلهذا لا يضمن الكفيل من قيمته الا ما يقر به بعد أن يحلف ولو كان العبد يوم اختصموا فيه أعمى وجحده المستودع فشهد الشهود انه استودعه وهو صحيح يساوى ألفا فكفل به الكفيل وهو أعمى فرفعوه الى القاضي وهو كذلك ثم مات في يد المستودع وزكى شهوده فالمستودع ضامن قيمته أعمى على الحال الذى جحد فيها وكذلك الكفيل لان المستودع انما يصير ضامنا عند الجحود وقد علم القاضي تغيره عن القيمة التى شهدت بها الشهود فلا تعتبر تلك القيمة فى القضاء عليه بخلاف الاول (ألا ترى) انه لو علم هلاكه قبل الجحود لم يضمنه شيئا ولو لم يعلم بذلك ضمنه قيمته فكذلك اذا علم فوات جزء منه وكذلك لو لم يعم ولكن السوق اتضعت وجحده يوم جحده وهو يساوى خمسمائة وعلم ذلك القاضي لم يضمنه الا قيمته خمسمائة ولو لم يعلم ذلك ضمن المستودع ألف درهم كما شهد به الشهود ولم يقبل منه بينة على اتضاع السوق لان المقصود بهذه البينة النفى والبينات للاثبات لا للنفى (ألا ترى) انه بعد ماجحد لو قال قد مات العبد لم ألتفت الى قوله ولم أقبل منه بينة عليه لان المقصود بهذه البينة نفى الضمان عنه الا أن يعلم القاضي انه مات قبل جحوده أو يقر الخصم به ولو استعار دابة من رجل الى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان ضمنها ولو أعطاه كفيلا بها جاز لانه صار غاصبا ضامنا بالمجاوزة وكذلك المستودع اذا جار في بعض الوديعة جازت الكفالة بقدر ما جار فيها لانها أمانة فى يد المودع ولو اشترى عبدا من رجل ونقده الثمن وأخذ منه كفيلا بالعبد حتى يدفعه اليه فمات العبد لم يكن على الكفيل شئ لان العقد قد انفسخ بموته قبل القبض وبرئ الاصيل عن تسليم عينه فكذلك الكفيل والكفيل ما ضمن الثمن فلا يطالب بشئ منه وكذلك لو كان ضمن الدرك فى العبد لان الهلاك قبل التسليم ليس بدرك وانما الدرك للاستحقاق ولو قبضه ثم وجد به عيبا فرده لم يكن على الكفيل شئ لان العيب ليس بدرك ولو لم يجد به عيبا ولكن استحق بصفة فرد المشترى النصف الباقى لم يضمن الكفيل الا ثمن النصف المستحق لان الدرك تحقق فى ذلك النصف الآخر فاعاره المشترى

بعيب التبعيض وذلك ليس بدرك واذا كفل رجل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن لم يكن على الكفيل شئ لان عين الرهن أمانة فى يد المرتهن والزيادة على مقدار الدين من مالية الرهن أمانة فلا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو كان ضمن لصاحب الدين مانقص الرهن من دينه وكان الرهن قيمته تسعمائة والدين ألفا ضمن الكفيل مائة درهم لانه التزم بالكفالة دينا مضمونا فى ذمة الاصيل ولو أن جارية بين رجلين أخذها أحدهما بغير أمر صاحبه فكفل رجل لصاحبه بنصيبه منها جاز لان الآخذ غاصب ضامن لنصيب شريكه ولو كان أخذها برضاه لم يجز لان نصيبه أمانة في يد القابض ولو استعار الرهن من المرتهن على ان أعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن كان خارجا من الرهن لان ضمان الاستيفاء باعتبار يد المرتهن ولم يبق بعد مااستعاره الراهن ولم يلزم الكفيل شئ لانه لاضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا شيئا ولو كان أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لان الراهن ضامن مالية العين هنا (ألا ترى) انه لو هلك فى يده يضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولو استقرض من رجل مالا على أن يعطيه فلانا عنده رهنا وكفل له بذلك الرهن كفيل فلا ضمان على الكفيل لان الرهن لا يكون الا بالقبض فقبل القبض ليس هنا شئ مضمون على الاصيل لتصح الكفالة به ولو أجر عبدا أو دابة وعجل الاجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه اليه فالكفيل يؤخذ به ما دام حيا لان التسليم مستحق على الاصيل وهو مما تجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به فان هلك مااستأجره لم يكن على الكفيل شئ لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل بالاجر ولو أوصى لرجل بأمة وهى حبلى ولآخر بما فى بطنها وهى تخرج من الثلث فأخذ صاحب الحبل من صاحب الامة كفيلا بما فى بطنها لم يجز لان ما فى البطن غير مضمون على صاحب الامة وكذلك لو دفع الامة الى صاحب الولد تكون عنده على أن أعطاه بها كفيلا لم تجز لانه أمين فيها حين قبضها باذن صاحبها ولو أخذها بغير أمره وأعطاه بها كفيلا جاز لانه غاصب لها ضامن ولو أخذ صاحب الامة الامة بغير رضا صاحب الولد وأعطاه كفيلا بالولد لم يجز لانه بأخذ الأم لا يصير غاصبا ضامنا لما فى بطنها ولو أوصى لرجل بخادم ولآخر بخدمتها فانها تكون عند صاحب الخدمة فان أخذ منه صاحب الرقبة كفيلا بها

وقد أخذها صاحب الخدمة باذنه لم يكن على الكفيل شيء لانه أخذها بحق مستحق له تبرعا فلا يكون ذلك الاخذ موجبا عليه ضمانا فلا يلزم الكفيل ذلك بالكفالة ولو أخذها صاحب الرقبة بغير اذن صاحب الخدمة ثم أعطاه كفيلا بها حتى يسلمها اليه أخذ بها الكفيل لان تسليم العين الى صاحب الخدمة مستحق على صاحب الرقبة هنا وهو مما تجري فيه النيابة فيصح التزامه بالكفالة فان ماتت بريء الكفيل لان حق صاحب الخدمة بطل بموتها وسقطت المطالبة عن صاحب الرقبة بالتسليم وكذلك لو كانت الوصية بالغلة مكان الخدمة ولو أن رجلا باع من رجل عينا فادعى رجل فيه دعوى فأراد المشترى أن يأخذ من البائع كفيلا بنفسه أو بما أدركه فى ذلك لم يكن له ذلك لان بمجرد الدعوى على المشترى لا يستحق المدعى على البائع شيئا فلا يجبر على اعطاء الكفيل ولكنه لو أعطاه كفيلا بما أدركه فى ذلك جاز بمنزلة مالو أعطاه ذلك عند الشراء أو بعده قبل دعوى المدعى ولو ادعى ذمى قبل ذمى خمرا أو خنزيرا بعينه وأخذ منه به كفيلا من أهل الذمة جاز وان كفل به مسلم لم يجز لان الخمر والخنزير ليسا بمال متقوم فى حق المسلم فلا يصح منه التزام تسليمه بالكفالة كما لا يصح فى سائر العقود وان هلك ذلك عنده ثم ضمنه المسلم له ثم أقام المدعى على ذلك شهودا مسلمين ضمن قيمة الخنزير ولم يضمن الخمر لان الخنزير مضمون بالقيمة عند الهلاك وقيمته دراهم أو دنانير فتصح الكفالة بها من المسلم وأما الخمر فانها مضمونة بالمثل فلا تصح الكفالة بها من المسلم كما لا تصح الكفالة بالعين حال قيامها ولو تقبل من رجل بناء دار معلوم أو كراب أرض معلوم أو كرى نهر معلوم فأعطاه بها كفيلا كان جائزا لان هذا عمل مستحق على الاصيل مضمون بالعقد وهو مما تجرى النيابة فى ايفائه وكذلك لو اكراه ابلا الى مكة فأعطاه كفيلا بذلك جاز لان تسليمها مستحق على الاصيل ولو كانت الابل بأعيانها فأعطاه كفيلا بها كان جائزا مادامت قائمة بأعيانها لان الاصيل مطالب بتسليمها بالعقد فاذا هلكت فقد انفسخ العقد وبريء الاصيل عن التسليم فلا ضمان على الكفيل فلو أعطاه كفيلا بالحمولة لم يجز فيما كان بعينه لانه لا تجرى النيابة فيه فان ابل الكفيل لا تقوم مقام تلك الحمولة المعينة فى ايفاء المعقود عليه وجاز فيما كان بغير عينه لانه مستحق على الاصيل بالعقد وهو مما تجرى فيه النيابة بايفائه وانما يلتزم الكفيل تسليم ما يقدر على تسليمه واذا كتب ذكر حق على رجل وكتب فيه وكل واحد منهما ضامن له وأيهما شاء فلان أخذه بهذا المال ان شاء أخذهما

جميعا وان شاء شتى كيف شاء وكلما شاء حتى يستوفى منهما هذا المال وانما يكتب ذلك احتياطا لصاحب الحق من اختلاف القضاة فان المذهب عندنا انه اذا كفل بمال فللطالب أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال كيف شاء وكلما شاء وقال ابن أبي ليلى رحمه الله برئ الاصيل والمال علي الكفيل الا أن يشترط على كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أجزته وأيهما أجاز أبرأت الآخر الا أن يشترط أن يأخذهما جميعا أوشتى فأدخلا فى الصك جميعا أو شتى لذلك وقال شريك بن عبد الله رحمه الله ان أدخلا جميعا أو شتى أجزته فان اختار أحدهما لم يكن له أن يأخذ الآخر الا أن يفلس هذا أو يموت ولا يترك شيئا فأدخلا فى الصك كيف شاء وكلما شاء حتى يكون له الاختيار كل مرة وهذا لان الكتاب للتوثق فينبغى لكل من يكتب الكتاب أن يحتاط لصاحبه بكل ماتقدر عليه من التوثق ويحتاط للتحرز عن اختلاف القضاة عملا بقوله تعالى وليؤد الذى ائتمن أمانته والله أعلم بالصواب

باب من الكفالة أيضا

(قال رحمه الله) واذا أقرض الرجل الرجل قرضا على أن يكفل به فلان كان جائزا حاضرا كان فلان أو غائبا ضمن أو لم يضمن وكذلك لو شرط أن يحيله به على فلان لان القرض لا يتعلق بالجائز من الشروط فلا يفسده الباطل بخلاف البيع فانه لو شرط فيه كفالة أوحوالة من مجهول أو معلوم غير حاضر لم يرض بذلك فالبيع فاسد لان الفاسد من الشروط مبطل للبيع فانه يتعلق بالجائز من الشروط فأما ضمان القرض فانه يثبت بالقبض شرعا ولا أثر للشروط فيه كضمان الغصب والتزويج والخلع والصلح من دم عمد وجراحة فيها قصاص حالا أو مؤجلا وجناية الوديعة والعارية اذا ضمنها فشرط له فى ذلك كفالة أو حوالة فهو بمنزلة القرض لان هذا كله لا يبطل بالشرط الفاسد وكذلك العتق على مال ولو قبل الكفيل الكفالة أو الحوالة فى جميع ذلك جاز لانه دين لازم يطالب به الاصيل وتجرى النيابة فى ايفائه وبدل العتق بمال ليس كبدل الكتابة فى حكم الكفالة لان ذلك ليس بدين قوى ومن الدليل على أن فساد شرط الكفالة لا يبطل هذه العقود ماقال فى العتق لانه لا يرد ومعنى هذا أن الشرط الفاسد لا يمنع انعقاد العقد ولكن يستحق به الفسخ بعد الانعقاد وهذه العقود لاتحتمل الفسخ بعد التمام فلا يؤثر فيها الشرط الفاسد ولو كان لرجل على رجل دين حال من ثمن

بيع أو قرض أوغصب فسأله أن يؤخره عنه نجوما على أن يضمنه له فلان الغائب فصالحه علي ذلك فقدم الكفيل فأبى أن يضمن فالصلح منتقض لان الصلح على التنجيم فى المال يعتمد تمام الرضا وهو ما رضى بذلك الا بكفالة الكفيل فاذا أبى أن يكفل كان المال حالا عليه كما كان وان ضمن الكفيل بعد ما حضر جاز الصلح لتمام الرضا به ولا يشترط حضوره فى مجلس الصلح لانه ليس فى هذا العقد من التمليك شئ فلا فرق بين أن يتم الرضا به في المجلس وبعد المجلس بخلاف البيع فانه مال بمال مبنى على الضيق فاذا لم يحضر الكفيل فى المجلس صار اشتراط كفالته شرطا فاسدا والبيع يبطل بالشرط الفاسد وهـذا لان البيع لايجوز أن يتوقف علي القبول بعد المجلس فكذلك لا تتوقف صحته على قبول الكفالة المشروط فيه بعد المجلس ولو كان حاضرا فأبى أن يضمن لم يجز الصلح لانعدام تمام الرضا به وان ضمن فهو جائز وان اشترط فى التأخير انه ان أخره عن محله فالمال كله حال أو ان أخر نجما عن محله عشرة أيام فالمال كله حال فهو جائز على ما اشترطا لانه ليس فى هـذا الصلح من معنى التمليك شئ وهذا الشرط فى الصلح متعارف ولو أعطاه كفيلا علي أن جعل له أجلا معلوما كان جائزا في جميع الديون الا القرض فانه حال على الاصيل لان القرض حق الاصيل كالعارية لايلزم فيه الاجل وهو مؤجل على الكفيل لان المال انما يجب علي الكفيل بعقد الكفالة والدين الواجب بالعقد يقبل الاجل واذا كفل المريض بمال ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه لانه الكفالة تبرع وتبرعات المريض تصح من ثلثه اذا لم يكن عليه دين وان أقر انه كفل به فى الصحة لزمه ذلك فى جميع ماله اذا لم يكن لوارث ولا عن وارث لان الكفالة في الصحة سبب لوجوب الدين عليه واقراره فى المرض بسبب وجوب الدين مضافا الى حال الصحة يكون اقرارا بالدين واقرار المريض للاجنبي بالدين صحيح وللوارث باطل وان كان عن وارث فهذا قول من المريض فيه منفعة وارثه والمريض محجور عن مثله وان كان عليه دين يحيط بماله لم يجز اقراره بذلك لان دين الصحة متقدم علي ما أقر به فى المرض فما بقي دين الصحة لم يعتبر اقراره بالدين فى المرض واذا كفل فى الصحة بما أقر به فلان لفلان ولم يسمه ثم مرض وعليه دين يحيط بماله فأقر المكفول عنه أن لفلان عليه ألف درهم لزم المريض ذلك فى جميع ماله لان سبب وجوب المال قد تم منه فى حال الصحة وهو الكفالة والدين الواجب عليه بذلك السبب بمنزلة دين الصحة وكذلك ان أقر بعد موته فان المقر له يخلص غرماء الكفيل بذلك

لان أصله كان في الصحة وكان قد لزم على وجه لا يملك الرجوع عنه وابطاله وكذلك لو كفل بما ذاب لفلان على فلان أو بما صار له عليه وكذلك لو كان لوارث أو عن وارث أو لوارث عن وارث لانه كان فى الصحة وهو بمنزلة ضمان الدرك فانه لو كفل فى صحته بما أدركه من درك فى دار اشتراها ثم استحقت الدار فى مرض الكفيل أو بعد موته فان المشترى يضرب مع غرماء الكفيل الميت بالثمن لان أصل الدين كان فى الصحة بخلاف الكفالة فى المرض وان كفل فى المرض وليس عليه دين ثم استدان دينا يحيط بماله ثم مات فالكفالة باطلة لان مالزمه فى المرض من الدين بسبب معاين بمنزلة دين الصحة وقد بينا أن الكفالة فى المرض لا تصح اذا كان دين الصحة محيطا بماله واذا كفل رجل لرجلين وقال قد كفلت لفلان بماله على فلان أو كفلت لفلان الآخر بماله على فلان فهذا باطل سواء كان المالان من جنس واحد أو من جنسين لان المكفول له والمكفول عنه مجهول فتكون الجهالة متفاحشة وقد بينا أن مثل هذه الجهالة تمنع الكفالة ولو كان الحق لرجل واحد على رجلين على كل واحد منهما ألف درهم فقال كفلت لك بمالك على فلان فهذا جائز سواء كان المالان من جنس واحد أو من جنسين لان الجهالة هنا يسيرة مستدركة وهى جهالة المكفول عنه ومثل هذه الجهالة لا تؤثر فى العقد المبنى على التوسع وهذا لان الطالب معلوم فتتوجه المطالبة من جهته على الكفيل وانما بقى الخيار فى حق الكفيل فى أن يؤدى أىّ المالين شاء ولو كفل عن واحد بأحد المالين جاز فهذا مثله بخلاف الاول فالمطالبة هناك لا تتوجه من المجهول على الكفيل والكفالة بالنفس فى هذا مثل الكفالة بالمال وكذلك لو جمع بينهما فقال كفلت لك بنفس فلان فان لم أوافك به غدا فعلىّ مالك عليه وهو المائة دينار أو بنفس فلان فان لم أوفك به غدا فعلى مالك عليه وهو ألف درهم فلم يواف به غدا فهو ضامن لاحدهما أحد المالين أى ذلك شاء لان الطالب واحد معلوم وان دفع أحدهما فى ذلك اليوم برئ من الكفالة كلها لان اشتغاله بدفع أحدهما اختيار منه لكفالته فتبطل عنه كفالته عن الآخر بهذا الاختيار وقد وجدت الموافاة فى حق الذى اختار فيبرأ من كفالته أيضا ولو كان لرجلين لكل واحد منهما على رجل مال فقال رجل لأحدهما كفلت بنفس غريمك فلان فان لم أوافك به غدا فما لفلان على فلان فهو علىّ جازت الكفالة بالنفس لانه كفل بها لمعلوم مطلقا وبطلت الكفالة بالمال لانها مخاطرة فان الحق ليس للمكفول له بالنفس وما كان صحة الكفالة بالنفس باعتبار هذا المال لتثبت الكفالة بها

تبعا للكفالة بالنفس فيكون هـذا تعليق التزام المـال بمحض الشرط وهو باطل كما لو علقه بدخول الدار وكذلك الرجل يقول للرجل كفلت لك بنفس فلان فان لم أوافك به غدا فأنا كفيل بنفس فلان لانسان آخر فالكفالة الثانية باطلة لانها ليست من توابع الكفالةالاولى فيكون تعليقا لالتزام التسليم بمحض الشرط ولو كانت الكفالة عن واحد فقال كفلت لك بنفس فلان فان لم أوافك به غدا فما لفلان عليه وهو ألف علي فرضى بذلك الآخر فالكفالة الاولى جائزة والنيابة باطلة لان صحة الكفالة بالنفس ما كانت باعتبارهذا المال فلا يمكن تصحيح الكفالة بالمال تبعا للكفالة بالنفس ولوقال كفلت لك بنفس فلان أو فلان بماله عليه أو بنفسه فهذا باطل كله لجهالة المكفول له ولوقال كفلت لك بأحـد غريميك هذين أو بأحد مالك على هذين كان جائزا لانه المكفول له والمطالبة تتوجه من جهته والخيار في تعيين ما التزمه الكفيل اليه واذا كفل عن رجل بمال بأمره فرهنه المكفول عنه رهنا به وفاء فهو جائز لان بنفس الكفاله كما وجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل وان كان مؤجلا والرهن بالدين المؤجل صحيح فان هلك الرهن عند الكفيل صار مستوفيا دينه بهلاك الرهن فكانه استوفى حقيقة حتى اذا أدى الكفيل المال لم يرجع به وان أداه الاصيل الى الطالب رجع على الكفيل بمثله بمنزلة ما لو استوفاه منه حقيقة ولو كفل عن رجل بألف درهم بأمره على أن يعطيه بها هذا العبد رهنا فوقعت الكفالة بهذا بغير شرط من الكفيل على المكفول له ثم ان المكفول عنه أبى أن يدفع اليه العبد فان العبد لا يكون رهنا لان الكفيل لم يقبضه والرهن لا يتم الا بالقبض ولا يجبر المكفول عنه على دفعه لان ذلك كان وعدا من جهته والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم والكفالة لازمة للكفيل لانه التزم المال للطالب بالكفالة المطلقة عند شرط بينهما فان كان الكفيل اشترط على الطالب فقال له أكفل لك بهذا المال عن فلان على أن رهن به فلان هذا العبد فان لم يدفعه الى فأنا برىء من الكفالة فكفل له على هذا الشرط فهو جائز وان لم يدفع اليه الرهن برئ الكفيل من الكفالة والمال لانه لما رضى بالتزام المال بدون هذا الشرط والتزام المال بالكفالة يعتمد تمام الرضا ولانه شرط البراءة اذا لم يعطه الرهن والشرط أملك وكذلك لو كفل عنه بالمال على أن يعطيه بذلك المطلوب كفيلا فوقعت الكفالة للطالب على غير شرط ثم ان المكفول عنه أبى أن يعطى الكفيل كفيلا فان الكفالة على الكفيل جائزة وان كان الكفيل شرط على الطالب ان لم يعط كفيلا بهذا المال فأنا برىء من كفالتي فهو على

شرطه ان لم يعطه كفيلا برئ من الكفالة لان الكفالة بمنزلة الرهن وقد بينا في الرهن ان هـذا الشرط مع الطالب يجب الوفاء به فكذلك في الكفالة وهـذا لان مقصود الكفيل بكل واحد منهما التوثق والنظر لنفسه حتى لا يلحقه غرم وان كتب الكفيل على دار المكفول عنه شراء بالمال فهو جائز لانه شراء بالدين المؤجل وهذا قضاء من المكفول عنه للكفيل بطريق المقاصة فكأنه أوفاه الدين حقيقة ولو كفل بنفس رجل على أنه للكفيل ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم ثم أعطى المكفول عنه رهنا بالمال قبل السنة فالرهن باطل لان المال لم يجب على الكفيل بعد لانه علق التزام المال بشرط عدم الموافاة فلا يكون واجبا قبل الشرط (ألا ترى) انه لو دفع نفسه اليه قبل الاجل لم يكن عليه من المال شئ فان قيل فأين ذهب قولكم ان في كلامه تقديما وتأخيرا أو انه التزم المال ثم جعل الموافاة بنفسه صرفا له عن المال قلنا ذلك طريق صار اليه بعض مشايخنا رحمهم الله لتوجه المطالبة بالمال عند عدم الموافاة بالنفس فأما في الحقيقة فانما يلزمه المال بالتزامه وهو ما التزم المال الا بعد عدم الموافاة بالنفس غدا فلا يكون المال واجبا عليه في الحال ولا يجوز الرهن في الكفالة بالنفس على وجه من الوجوه لان الرهن يختص بحق يمكن استيفاؤه من الرهن فان موجبه ثبوت يد الاستيفاء ولا ضمان على المرتهن ان هلك الرهن في يده لانه أخذه رهنا بغير مال وضمان الرهن ضمان استيفاء وذلك لا يكون بدون الدين واذا كفل رجل عن رجل بما لم يحل عليه بعد فقال اذا حل المال فهو علي وأعطى المكفول عنه الكفيل رهنا كان جائزا لانه التزم المال بعقد الكفالة وجعل مطالبة الطالب عنه متأخرة الى مابعد حلول الاجل وذلك غير مانع وجوب أصل المال على الاصيل فكذلك على الكفيل واذا وجب المال على الكفيل وجب للكفيل على المكفول عنه أيضا فيجوز الرهن به . ولو قال ان توى مالك عليه فهو علي وأعطاه بذلك رهنا لم يجز الرهن لان المال لم يجب بعد فانه علق التزام المال بالشرط وكذلك لو قال ان مات ولم يوفك المال فهو علي فأعطاه المكفول عنه به رهنا فالرهن باطل لان المال لم يجب بعد والكفالة جائزة على هـذا الشرط لانه شرط متعارف في الكفالات . ولو أخذ الكفيل بالدرك رهنا فالرهن باطل والكفالة جائزة لان المال غير واجب على الكفيل قبل لحوق الدرك فلا يكون واجبا على الاصيل فلا يصح الرهن به ولا ضمان على المرتهن فيه لانه قبضه باذن صاحبه وكل ماأبطلنا فيه الرهن بالمال

فكان الرهن في يدى الكفيل حتى يحل عليه المال ويؤخذبه فان أرادأن يمسك الرهن بذلك فليس له ذلك لان أصل الرهن لم يكن صحيحا لم يثبت بقبضه يد للاستيفاء فلا يكون له أن يمسكه بعد ذلك وان وجب الدين عليه ولو آجر منه ابلا الي مكة وكفل عنه رجل بالاجر وبالحمولة فأخذ الكفيل منه بذلك رهنا فان الرهن في ذلك جائز لان الكفيل مأخوذ بالكفالة وقد وجبت عليه أما على أصل محمد رحمه الله فلان الاجر بنفس العقدمؤجلا وعندأبي يوسف رحمه الله سبب الوجوب متقرر وان تأخر وجوب المال (ألا ترى) أن الابراء عنه صحيح فيجوز الرهن به سواء ارتهن من الكفيل أو ارتهن الكفيل من المكفول عنه بخلاف ماسبق ولو أن رجلا أحال علي رجل بمال وأعطاه به رهنا جاز لان المال بالحوالة يجب للمحتال عليه على المحيل كما يجب للطالب علي المحتال عليه وان كان رجوعه عليه يتأخر الى حين أدائه المال واذا ادعى مسلم على كافر مالا وأدى كفالة مسلم بذلك وأقام بينة من الكفار بذلك ثبت المال بهذه البينة على الاصيل دون الكفيل المسلم وشهادة الكفار لا تكون حجة علي المسلم وكذلك لو كان أصل المال على كافر فشهد كافران علي مسلم وكافر أنهما كفلا عنه بهذا المال وبعضهم كفلاء عن بعض جازت الشهادة على الاصيل وعلى الكفيل الكافر ولا يجوز على الكفيل المسلم لان بعض هذه الكفالة تنفصل عن البعض فانما يقضي بقدر ماقامت الحجة به واذا ادعى مسلم على مسلم ما لا وجحده المطلوب وادعى الطالب كفالة رجل من أهل الذمة عنه بالمال بأمره وجحد الكفيل وشهد له بذلك ذميان جازت شهادتهما على الكفيل ولم تجز على المسلم حتى ان الكفيل اذا ادى لم يكن له أن يرجع على المسلم بشيء لان شهادة الكفار لا تكون حجة على المسلم فكما لا يثبت بهذه الشهادة الدين للطالب على المسلم فكذلك لا يثبت بها أمر الكفيل بالكفالة وكذلك لو كان المال عليهما في الصك والمسلم في صدر الصك والذمى كفيل بعده أو كان الصك عليهما وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه لان وجوب المال على أحدهما ينفصل عن وجوب المال على الآخر فانما يقضى القاضى بقدر ماقامت الحجة به وهذه البينة حجة على الكافر دون المسلم واذا كان الدين لرجلين على رجل فكفل أحدهما لشريكه بحصته عن المطلوب لم يجز من قبل الشركة التى بينهما معناه ان أصل المال كان مشتركا بينهما فلا يمكن أن يجعل هو كفيلا بنصيب صاحبه خاصة لان ذلك يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض ولا يمكن أن يجعل كفيلا بالنصف من المال المشترك بينهما لان هذا

يؤدى الى أن يكون ضامنا نفسه عن نفسه وذلك لايجوز (ألاترى) أن أحدهما لواستوفى نصيبه من المطلوب أو من غيره كان للآخر أن يشاركه فيه فكذلك اذا استوفاه من شريكه الكفيل ولا يمكن أن يجعل هو بهذه الكفالة مسقطا حقه فى المشاركة معه لان الاسقاط قبل وجوب سبب الوجوب باطل والسبب الموجب للشركة له فى المقبوض القبض والكفالة يستحق ذلك فلهذا بطلت الكفالة وليست الكفالة فى هذا بمنزلة التبرع بالاداء فان أحد الشريكين لو تبرع بأداء نصيب شريكه عن المديون جاز لان ذلك اسقاط لحق المشاركة فى المقبوض مقترنا بالسبب وهو صحيح وهذا بمنزلة الوكيل بالبيع اذا كفل بالثمن عن المشترى للموكل لم يجز ولو ادعى عنه جاز وكذلك لو كفل بنفس انسان ببدل الكتابة لايجوز ولو تبرع بأداء بدل الكتابة عن المكاتب جاز وكذلك لو كان الدين لواحد فمات فورثه ابناه فكفل أحدهما لصاحبه بحصته لان الدين كان مشتركا بينهما ارثا فهو قياس دين مشترك بسبب آخر واذا كان لرجل على رجل ألف درهم كفل بها عنه رجل بأمره أو بغير أمره ثم مات الطالب والمطلوب وارثه لم يكن له على الكفيل شئ لان المطلوب ملك ما فى ذمته بالميراث فسقط عنه وبراءته توجب براءة الكفيل فان كان معه وارث آخر للطالب فانما يسقط عن الكفيل حصة المطلوب وللوارث الآخر أن يطالب الكفيل بحصته لانه فى حصته قائم مقام الطالب وانما يبرأ الكفيل من كل شئ يبرأ به الاصيل ولو كان احتال بها عليه فكفل بها على أن ابرأ الطالب المطلوب ثم مات الطالب والمطلوب وارثه وكانت الحوالة بأمره لم يكن على الكفيل شئ لان المال صار مملوكا للمطلوب بموت الطالب فلو رجع به على الكفيل والمحتال عليه بذلك أيضا لان الحوالة والكفالة كانت فاسدة فلا يكون مفيدا بقضاء فان كان بغير أمره رجع بها على المحتال عليه أو الكفيل لانه قائم مقام الطالب بعد موته وهذا رجوع مفيد فان الكفيل والمحتال عليه ان كانا متطوعين هنا لا يستوجبان الرجوع عند الاداء على أحد بشئ وهذا بخلاف الاول فان أصل المال هناك فى ذمة المطلوب فهو انما يملك بالارث ما فى ذمة نفسه فسقط عنه ولا يرجع الكفيل بشئ سواء كفل بأمره أو بغير أمره وهنا أصل المال تحول الى المحتال عليه فالاصيل انما يملك ما فى ذمة غيره فيكون له أن يطالبه به اذا كان دينا مفيدا واذا كفل الرجل لعبده بدين على رجل وعلى عبده دين فهو جائز لان كسب العبد المديون لغرمائه فهذه الكفالة فى الصورة للعبد وفى المعنى للغرماء والعبد المديون يستوجب

على مولاه الدين بسائر الاسباب فكذلك بالكفالة فان قضى العبد الدين بطلت الكفالة عن المولى لان كسب العبد صار له ولا يكون كفيلا لنفسه عن نصيبه وكان الدين للعبد على المكفول عنه على حاله يأخذه به لان براءة المولى هنا بمنزلة الفسخ للكفالة فلا توجب براءة الاصيل واذا كفل رجل لرجل بألف درهم ثم مات الطالب والكفيل وارثه بريء الكفيل منه والمال على المكفول عنه على حاله يأخذه به ان كان كفل عنه بأمره وان كان كفل عنه بغير أمره فلا شيء على المكفول عنه أيضا لان المال صار للكفيل ميراثا بموت الطالب فيكون بمنزلة مالو صار له بهبة الطالب منه أو بقضائه اياه ولو قضاه أو وهبه له في حياته رجع على المكفول عنه ان كان كفل بأمره وان كان كفل بغير أمره لم يرجع عليه بشيء فهذا مثله وكذلك لو كان الطالب ابرأ منه المطلوب على أن ضمنه هذا بأمر المطلوب أو على ان احتال به على هذا ثم مات الطالب والكفيل وارثه كان له أن يأخذ الاصيل بذلك ولو كان ذلك بغير أمر المطلوب لم يرجع عليه بشيء لان تملكه مافي ذمته بالارث بمنزلة تملكه بالاداء واذا كفل العبد بأمر سيده لرجلين بألفين أو ثلاثة آلاف وقيمته ألف درهم ثم استدان ألفا ثم بيع بألف كان ثمنه بينهم يضرب صاحب الكفالة بجميعها لان جميع دينه ثبت على العبد بكفالته باذن مولاه حين كان فارغا عن الدين فلو كان استدان أولا ألفا وكانت الكفالة بعد ذلك فالثمن للمدين خاصة لان الكفالة منه كانت بعد ما شتغلت ماليته بالدين فكفالته بأمر المولى اقرار للمولى في الفصلين عليه جميعا ولو كان كفل بألف ثم استدان ألفا ثم بيع بألف كانت الالف الوسطى باطلة لانه كفل بها وماليته اشتغلت بالكفالة الاولى وهو بمنزلة مالو أقر المولى عليه بألف درهم ثم استدان ألفا ثم بيع بألف وتمام بيان هذه الفصول في كتاب المأذون والله أعلم بالصواب

﴿ تم كتاب الكفالة ولله المنة ﴾

﴿ كتاب الصلح ﴾

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بأن الصلح عقد جائز عرف جوازه بالكتاب والسنة * أما الكتاب فقوله تعالى (فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير) وفي هذا بيان انه

نهاية في الخيرية * وأما السنة فما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة عام الحديبية على وضع الحرب بينه و بينهم عشر سنين ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم المسجد فرأى رجلين يتنازعان في ثوب فقال لأحدهما هل لك الى الشطر هل لك الى الثلثين فدعاهما الى الصلح وما كان يدعوهما الا الى عقد جائز وقال النبي صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما وهكذا كتب علي رضى الله عنه الى أبي موسى الاشعرى رضى الله عنه كل صلح جائز بين الناس الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما وهذا اللفظ من الاول لكتاب عمر رضى الله عنه الى أبي موسى الاشعرى قد اشتهر فيما بين الصحابة رضوان الله عليهم فما ذكر فيه فهو كالمجمع عليه منهم وبظاهر هذا الاستثناء استدل الشافعي رحمه الله لابطال الصلح على الانكار فانه صلح حرم حلالا لان المدعى ان كان محقا كان أخذ المال حلالا له قبل الصلح وحرم بالصلح وان كان مبطلا فقد كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح فهو صلح حرم حلالا وأحل حراما ولكنا نقول ليس المراد هذا فان الصلح عن الاقرار لايخلو عن هذا أيضا لان الصلح في العادة يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل بالصلح فعرفنا أن المراد غير هذا والصلح الذى حرم حلالا وهو أن يصالح احدى زوجتيه على أن لايطأ الاخرى أو يصالح زوجته على أن لا يطأ جاريته والصلح الذى أحل حراما هو أن يصالح على خمر أو خنزير وهذا النوع من الصلح باطل عندنا وحمله على هذا أولى لان الحرام المطلق ماهو حرام لعينه والحلال المطلق ماهو حلال لعينه (ثم ذكر عن علي كرم الله وجهه) انه أتى في شئ فقال انه لجور ولولا انه صلح لرددته وفيه دليل جواز الصلح ومعنى قوله لجور أى هو مائل عما يقتضيه الحكم أو عما يستقر عليه اجتهادي من حكم الحادثة والجور هو الميل قال الله تعالى ومنها جائر أى مائل وفيه قال ان الصلح على خلاف مقتضى الحكم جائز بين الخصمين لانه يعتمد التراضى منهما وبالتراضى ينعقد بينهما السبب الموجب لنقل حق أحدهما الى الآخر بعوض أو بغير عوض فهذا لم يرده علي رضي الله عنه وذكر عن شريح رحمه الله انه قال أيما امرأة صولحت على ثمنها لم يتبين لها كم ترك زوجها فتلك الريبة وفي بعض الروايات الريبة ومعنى اللفظ الاول الشك يعنى اذا لم يتبين لها كم ترك زوجها فذلك يوقعها في الشك لعل نصيبها أكثر مما أخذت وقوله

الربية تصغير الربا يعنى اذا لم يتبين لها كم ترك زوجها يتمكن في هـذا الصلح شبهة الربا بأن يكون نصيبها من جنس ما أخذت من النقد مثـل ماأخذت أو فوقه وفيـه دليل انه يجوز للورثة أن يصالحوا بعضهم على شيء يخرجوه بذلك من مزاحمتهم وان جهالة مايصالح عنـه لايمنع جواز الصلح لان الجهالة انمـا تفسد العقد لتعذر التسليم معها والمصالح عنه لايستحق تسليمه بالصلح فجهالته لاتمنع جواز الصلح ثم اذا صولحت المرأة على ثمنها فان كان بعض تركة الزوج دينا على الناس فصالحوها عن الكل فهو باطل لانهـا تصـير مملكة نصيبها من الدين من سائر الورثة بما تأخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لايجوز فاذا فسد العقد فى حصة الدين فسد فى الكل وهو دليـل لأبى حنيفة رحمه الله فى مسئلة البيوع أن العقد الواحد اذا فسد فى البعض المعقود عليه فسد في الكل وهما يقولان حصة العين هنا من البدل المأخوذ غير معلومة والدين ليس بمال أصـلا مالم يقبض فلا يكون محلا للتمليك ببدل فهو كما لو جمع بين حر وعبد فى البيع بثمن واحد فلهذا يفسد العقد فى الكل وان صالحوها من حصتها من العين خاصـة وان لم يكن فى التركة دين فهو على ثلاثة أوجـه أحدها أن يصالحوها على أحد النقدين اما الدراهم أو الدنانير فهو جائز الا أن يكون فى التركة من جنس ذلك النقد مقدار مايكون نصيبها من ذلك الجنس أكثر مما أخذت فحينئذ لايجوز لان مبادلة مال الربا بحصته لا يجوز الا بطريق المماثلة فان كان نصيبها أكثر مما أخذت كان الفضل فى هذا الجنس من نصيبها من سائر التركة ربا وكذلك ان كان نصيبها ثمن هذا الجنس مثل ماأخذت فنصيبها من سائر التركة يكون فضـلا خاليا عن العوض وهو الربا بعينه وان وقع الصلح عن الدراهم والدنانير فذلك جائز وان كان فى التركة من النقدين مايكون نصيبها من كل جنس أكثر مما أخذت بطريق صرف الجنس الي خلاف الجنس فتصحيح العقود بحسب الامكان واجب والصلح أولى بذلك من غـيره لان المقصود به قطع المنازعة لمـا فى امتدادها من الفساد والله لا يحب الفساد فان صالحوها على عرض فهو جائز لانه وقع عليـه الصلح بنفس مال الربا فسواء كان فى التركة من جنس ما وقع عليـه الصلح مايكون نصيبها أكثر مما أخذت أولم يكن فذلك لا يؤدى الى الربا قال الحاكم رحمه الله انما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من الربا في حال التصادق وقد بينا ذلك فى موضع آخر من هذا الكتاب فأما حال المناكرة فالصلح جائز لان مع الانكار ليس لها حق مستقر وفى ذلك الجنس أكثر

مما أخذت وعند الانكار المعطى يؤدى المال لقطع المنازعة والخصومة ويفدى به يمينه فلا يتمكن فيه الربا على ما بينه وذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن وفيه دليل أن القاضى لا ينبغى له أن يعجل وانه مندوب الى أن يرد الخصوم ليصطلحوا على شئ ويدعوهم الى ذلك فالفصل بطريق الصلح يكون أقرب الى بقاء المودة والتحرز عن النفرة بين المسلمين ولكن هذا قبل أن يستبين وجه القضاء فأما بعد ما استبان ذلك فلا يفعله الا برضا الخصمين ولا يفعله لا مرة أو مرتين لما فى الاطالة من الاضرار بمن ثبت الاستحقاق له فى تأخير حقه ولان ذلك يجر اليه تهمة الميل وعلى القاضى أن يحترز عن ذلك بما يقدر عليه وعن عمرو بن دينار أن احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على ان أخرجوها من الميراث وهى تماضر كان طلقها فى مرضه فاختلف الصحابة رضوان الله عليهم فى ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكان له أربع نسوة فحظها ربع الثمن وهو جزء من اثنين وثلاثين جزأ فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا ولم يشر لذلك فى الكتاب وذكر فى كتب الحديث ثلاثة وثمانون ألف دينار فهذا دليل ثروة عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه ويساره وكان قد قسم لله تعالى ماله أربع مرات فى حياته تصدق فى كل بالنصف وأمسك النصف فهو دليل على انه لا بأس بجمع المال واكتساب الغنى من حله فابن عوف من الصحابة العشرة الذين شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجنة وأيد هذا القول قوله صلى الله عليه وسلم نعم المال الصالح للرجل الصالح ولكن مع هذا ترك الجمع والاستكثار وانفاق المال فى سبيل الله تعالى أولى وهو الطريق الذى اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه بقوله صلى الله عليه وسلم اللهم أحينى مسكينا وامتنى مسكينا واحشرنى فى زمرة المساكين وفى حديث عبد الرحمن رضى الله عنه ما يدل عليه فان النبى صلى الله عليه وسلم قال له ما أبطأبك عنى يا عبد الرحمن قال وما ذاك يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك آخر أصحابى لحوقا بى بعد القيامة وأقول أين كنت فتقول منعنى عنك المال كنت محبوسا ما تخلصت اليك حتى الآن وذكر عن ابن عباس رضى الله عنهما قال يتخارج أهل الميراث يعنى يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح وذلك جائز لما فيه من تيسير القسمة عليهم فانهم لو اشتغلوا بقسمة الكل على جميع الورثة ربما يشق

عليهم ويدق الحساب أو تتعذر القسمة فى البعض كالجوهرة النفيسة ونحوها فاذا أخرجوا البعض بطريق الصلح تيسر على الباقين قسمة مابقى بينهم فجاز الصلح لذلك وعن محمد بن سيرين رحمه الله قال ما رأيت شريحا رحمه الله أصلح بين الخصمين الا امرأة استودعت وديعة فاحترق بيتها فناولتها جارة لها فضاعت فأصلح بينهما على مائة وثمانين درهما وفيه بيان انه كان من عادة شريح رحمه الله الاشتغال بطلب الحجة التى يفصل الحكم بها وما كان يباشر الصلح بين الخصمين بنفسه وكان يقول انما حبس القاضى لفصل القضاء ولأجله تقدم اليه الخصمان وللصلح غير القاضى فينبغى للقاضى أن يشتغل بما تعين له ويدع الصلح لغيره الا انه فى هذه الحادثة لاجل الاشتباه وتعارض الادلة دعاهما الى الصلح فان المودع اذا وقع الحريق فى بيته فناول الوديعة جارا له كان ضامنا فى القياس وفي الاستحسان لا يكون ضامنا لان الدفع الى الغير فى هذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف النص فان المودع أمره بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع الى الغير فهذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف النص فان المودع أمره بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع الى أجنبي فلاشتباه الادلة أصلح بينهما على مال وذكر هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنهما أن بريرة رضى الله عنها أتتها تسألها فقالت ان شئت عددتها لاهلك عدة واحدة وأعتقتك فذكرت ذلك لاهلها فقالوا لا إلا أن يكون الولاء لنا فذكرت ذلك عائشة رضى الله عنها لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه وسلامه الولاء لمن اعتق فاشتريها واعتقيها وخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله تعالى شروط الله أوثق وكتاب الله أحق وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط مابال أقوام يقول أحدهم أعتق يافلان والولاء لي وانما الولاء لمن أعتق وقد تقدم بيان فوائد هذا الحديث فى كتاب الولاء وانما ذكرناه هنا ليتبين أن الزيادة التى تؤدى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها اشترى واشترطى فانما الولاء لمن اعتق وهم من هشام بن عروة كما ذكره أبو يوسف رحمه الله فى الامالى فان ذلك من الغرور وما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر أحدا بالغرور ومقصوده من ايراد الحديث هنا بيان انه يجوز بطريق الصلح والتراضى مالا يجوز بدونه فان بريرة رضى الله عنها كانت مكاتبة وقد اشترتها عائشة رضى الله عنها برضاها ولولا ذلك ماجاز شراؤها وفيه دليل انه انما يجوز أن يشترط فى الصلح مالا يكون

مخالفا لحكم الله تعالى فأما الذى يكون مخالفا لحكم الله تعالى لايجوز اشتراطه فى الصلح لقوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط معناه ليس فى حكم الله تعالى فالمراد بالكتاب الحكم كما قال الله تعالى كتاب الله عليكم وذكر عن على كرم الله وجهه انه أتاه رجلان يختصمان فى بغل فجاء أحدهما بخمسة رجال فشهدوا انه انتجه وجاء الآخر بشاهدين شهدا انه انتجه فقال على كرم الله وجهه للقوم ماترون فقالوا انض لا كثرهما شهودا فقال على رضى الله عنه لعل الشاهدين خير من الخمسة ثم قال على رضى الله عنه فيها قضاء وصلح وسأنبئكم بذلك أما الصلح فانه يقسم بينهما على عدد الشهود وأما القضاء فيحلف أحدهما ويأخذ البغل فان تشاحا على اليمين أقرعت بينهما بخمسة أسهم ولهذا سهمين فأيهما خرج سهمه استحلفته وغلظت عليه اليمين ويأخذ البغل وفي هذا دليل على أن البينة على النتاج مقبولة فى الحيوان وان القاضى ينبغى له عند الاشتباه ان يستشير جلساءه كما فعله على رضى الله عنه ثم أشاروا عليه بالقضاء لا كثرهما شهودا لنوع من الظاهر وهو ان طمأنينة القلب الي قول الخمسة أكثر من طمأنينة القلب الى المثنى ورد على رضى الله عنه ذلك عليهم لفقه خفى وهو ان طمأنينة القلب باعتبار معنى العدالة فلذلك ترجح جانب الصدق في الخبر ولعل الشاهدين فى ذلك خير من الخمسة ثم الترجيح عند التعارض يكون بقوة العلة لا بكثرة العلة وفى حق من أقام خمسة زيادة عدد فى العلة فشهادة كل شاهدين حجة تامة يثبت الاستحقاق بها والترجيح بما لا يثبت الاستحقاق به ابتداء فأما مايثبت به ابتداء الاستحقاق لا يقع الترجيح به فلهذا لم يرجح أكثرهما شهودا ثم قال فيها قضاء وصلح وهو دليل على أن الصلح جائز على غير الوجه الذى يقتضيه الحكم وان الصلح بين الخصمين مع الانكار جائز ثم بين وجه الصلح وهو أن يكون بينهما على عدد الشهود لاحدهما خمسة أسباعه وللآخر سبعاه وكأنه اعتبر هذا الظاهر الذى أشار اليه القوم ولكن لما كان لا يؤخذ به الا عند اتفاق الخصمين عليه سماه صلحا وأما القضاء لاحدهما بأخذ البغل فهذا مذهب لعلى رضى الله عنه فقد كان يستحلف المدعي مع البينة وكان يحلف الشاهد والراوى فكأنه جعل يمين أحدهما مرجحة لجانبه باعتبار ان الاستحقاق باليمين لا يثبت ابتداء فيقع الترجيح بها كقرابة الام فى استحقاق العصوبة فان الاخ لاب وأم يقدم فى العصوبة على الاخ لأب لان العصوبة لا تثبت بقرابة الام ابتداء فتقوى بها عليه العصوبة على الاخ لأب ولسنا نأخذ بهذا فقد ثبت

عندنا انه لامعتبر بيمين المدعى وقد قررنا ذلك فيما سبق ثم قال فان أداها على اليمين أقرعت بينهما لهذا بخمسة ولهذا بسهمين وهوعود منه الى وجه الصلح وبهذا يستدل الشافعى رحمه الله فى استعمال القرعة عند تعارض الحجج فى دعوى الملك ولسنا نأخذ بهذا لانه فى معنى القمار فقيه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وانما يستعمل القرعة عندنا فيما يجوز الفصل فيه من غير اقراع وقد بيناه فى كتاب القسمة وحكم الحادثة عندنا أن يقضى بالمدعى بينهما نصفين لاستوائهما فى الحجة وقد بينا ذلك فى كتاب الدعوى وروينا فيه من الاثر والمعنى مايكون الاخذ به أولى من الاخذ بقول على رضى الله عنه فانه بناه على مذهبه الذى تفرد به وهو استحلاف المدعى مع الحجة والامة قد اجتمعت على خلافه والله أعلم بالصواب

باب الصلح فى العقار

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل دارا فى يد رجل فأنكرها الذي هى فى يديه ثم صالحه على دراهم أو دنانير مسماة فهو جائز * واعلم بأن الصلح أنواع ثلاثة صلح بعد الاقرار وصلح بعد الانكار وصلح مع السكوت بأن لم يجب المدعى عليه بالاقرار ولا بالانكار ويجوز مع الانكار وقال الشافعى رحمه الله يجوز الصلح مع الاقرار والسكوت ولا يجوز مع الانكار وقال الشافعى رحمه الله يجوز الصلح مع الاقرار ولا يجوز مع الانكار والسكوت وكان الشيخ أبو منصور الماتريدى رحمه الله يقول لم يعمل الشيطان في ايقاع العداوة والبغضاء بين المسلمين مثل من عمل فى ابطال الصلح على الانكار لما فى ذلك من امتداد المنازعات بين الناس ولسنا نأخذ بهذا فمن أبطل ذلك انما أبطله احتياطا للتحرز عن الحرام وللرشوة والاعمال بالبينات وانما نقول كما قال أبو حنيفة رحمه الله أجود مايكون الصلح على الانكار وأما الشافعى رحمه الله فانه استدل بقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) والصلح على الانكار لايكون الا بالتجارة عن تراض فذلك ينبنى على ثبوت ملك المدعى على المدعي وبدعواه لا يثبت ذلك مع انكار المدعى عليه فكان أكل المال بالباطل وهو المعنى فى المسئلة فانه يأخذ المال بطريق الرشوة والرشوة حرام وبالصلح لا يحل ماهو حرام وقاس بصلح الشفيع مع المشترى بمال يأخذه ليسلم الشفعة أو يصلح القاتل مع الانكار ليقبضه منه الولي بمال يعطيه ويصلح

معروف النسب مع مدعي الرق على مال ليسترقه وبيان الوصف أن بدل الصلح اما أن يكون عوضا عن المال أو عن الدعوى والخصومة أو عن اليمين ولا يجوز أن يجعل عوضا عن المدعى لان بمجرد الدعوى لا يثبت الملك فى المدعي للمدعى قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث ه والدليل عليه أنه لو استحق بدل الصلح لا يرجع بالمال المدعى ولكن يعود على رأس الدعوى ولو كان المال بدلا عن المدعى لكان يعود به عند الاستحقاق كما لو كان الصلح بعد الاقرار ولو كان المصالح عنه دارا لا يجب للشفيع فيها الشفعة أو كان المال بدلا عن المدعى والخصومة لان ذلك ليس بمال فلا يجوز الاعتياض عنه بالمال ولانه كما لا يستحق بنفس الدعوى أخذ المال المدعى فكذلك لا يستحق أخذ المال بطريق الصلح ولا جائز أن يكون بدلا عن اليمين لان اليمين مشروعة لقطع الخصومة فلا يجوز الاعتياض عنها بالمال كالمودع اذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها كان القول قوله مع اليمين ولو صالح من هذه اليمين على ما كان باطلا فعرفنا أن المدعى عليه انما يبذل المال ليدفع به أذى المدعي عن نفسه والمدعى يأخذ المال ليكف عن الخصومة معه بغير حجة وخصومته بغير حجة ظلم منه شرعا وأخذ المال ليكف عن الظلم رشوة فيكون حراما لقوله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي فى النار ولقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي والرائش وبنحو هذا يستدل ابن أبي ليلى رحمه الله الا أنه يقول المدعي بنفس الدعوى يصير حقا للمدعى ما لم يعارضه المدعى عليه بانكاره (ألا ترى) انه لو لم ينازعه فى ذلك لتمكن من أخذه وهذا لان الدعوى خبر محتمل بين الصدق والكذب ولكن الصدق يترجح فيه من حيث ان دينه وعقله يدعوانه الى الصدق ويمنعانه من الكذب الا أن المدعى عليه اذا عارضه بانكاره فانكاره أيضا محتمل بين الصدق والكذب فلتحقق المعارضة تخرج دعواه من أن تكون موجبة للاستحقاق ما لم يظهر الترجيح فى جانبه بالبينة واذا كان المدعى عليه ساكتا فالمعارض لم يوجد فتبقى دعوى المدعى معتبرة فى الاستحقاق فلهذا يجوز الصلح فى هذه الحال فأما بعد المعارضة بالانكار لم يبق للمدعي سبب الاستحقاق فأخذ المال بطريق الصلح يكون رشوة وأصحابنا رحمهم الله استدلوا فى ذلك بظاهر قوله تعالى والصلح خير فالتقييد بحال الاقرار يكون زيادة على النص المغيا فيه أن المدعى أحد الخصمين في دعوى العين لنفسه فيجوز له أن يأخذ المال بطريق الصلح من صاحبه كالمدعي عليه فانه لو وقع الصلح بينهما على أن يسلم العين الى المدعى بمال

يأخذه منه جاز ذلك بالاتفاق وتأثيره ان كل واحد منهما يدعى العين لنفسه وخبره فى حقه محمول على الصدق وانما لايكون حجة على خصمه ثم المدعى عليه انما يأخذ المال بطريق الصلح باعتبار قوله ان العين لي واني أملكه من المدعى بما استوفي منه لاباعتبار يده (ألا ترى) أن المودع باعتبار يده بدون هذا القول لا يأخذ العوض عن الوديعة من المودع والمدعي قد وجد منه القول مثل ماوجد من المدعى عليه فكما يجوز للمدعي عليه أن يأخذ المال صلحا باعتبار قوله فكذلك يجوز للمدعى وفى هذا بيان أن المال عوض من المدعى فى حق من يأخذه فان كانت قدا نقطعت الخصومة فى حق صاحبه ومثله جائز كمن اشترى عبدا أقر بحريته فما يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة فى حق البائع وهذا فداء فى حق المشترى حتى يعتق العبد فهذا مثله ولان الصلح مع الانكار ابراء بعوض ولو أبرأه بغير عوض صح ذلك فكذلك اذا أبرأه بعوض كما لو صالح بعد الاقرار ومعنى ذلك أن المدعى يسقط حقه عن المال المدعى دينا كان أو عينا ثم انكار المدعى عليه لايمنع صحة ابرائه بغير عوض حتى لو أبرأه عن الدين ثم أقر المدعي عليه بأنه كان واجبا كان الابراء صحيحا وهذا لان الابراء اسقاط والاسقاط يتم بالمسقط وحده وانما يحتاج الى مراعات الجانب الآخر فى التملكات فأما فى الاسقاطات فلا كالطلاق والعتاق وهذا لان المسقط يكون متلاشيا ولا يكون داخلا فى ملك أحد ولهذا صح الابراء عن الدين قبل قبول المديون وان كان يرتد برده لتضمنه معنى التمليك ولكن ذاك تبع وانما يعتبر ما هو المقصود وهو الاسقاط فشرط صحته ثبوت الحق فى جانب المسقط وذاك ثابت بخبره وانما لم يجعل الدعوى سببا للاستحقاق على الغير ثم بنفس الدعوى يستحق الجواب والحضور على المدعي عليه ويستحق اليمين بعد المعارضة بالانكار حتى يستوفى بطلبه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لك يمينه فعرفنا ان جانب الصدق ترجح فى حقه قبل المعارضة بالانكار وبعد المعارضة وانما لايعطى بنفس الدعوى المال المدعى لما قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث فاذا ترجح معنى الصدق في حقه ثبت الحق فى جانبه فيملك التصرف فيه بالاسقاط وهذا النوع من الاسقاط مما يجوز أخذ العوض عنه كما بعد الاقرار فيأخذ المال بطريق الصلح عوضا عن اسقاط حق ثابت فى حقه والمدعي عليه ليس يتملك شيئا فلا يشترط ظهور الحق فى جانبه (ألا ترى) أن الزوج اذا خالع امرأته على مال مع أجنبي ضمنه أو من له القصاص اذا صالح مع أجنبي

على مال ضمنه يصح ذلك ويستحق المال عوضا عن الاسقاط وان كان من يعطى المال لا يتملك به شيئا وأظهر من هذا كله صلح الفضولى فانه لو قال للمدعي ان المدعى عليه قد أقر معى سرا وأنت محق فى دعواك فصالحنى على كذا من المال وضمن له ذلك فصالحه صح الصلح بالاتفاق ومعلوم أن باقراره لا يثبت المال على المدعى عليه وانما صح هذا الصلح بطريق الاسقاط لظهور الحق فى جانب المدعي دون المدعى عليه فكذلك اذا صالح مع المدعي عليه بل أولى لان المدعي عليه ينتفع بهذا الصلح والفضولى لا ينتفع به ووجوب المال عوضا عن الاسقاط على من ينتفع به أسرع ثبوتا منه على من لا ينتفع به (ألا ترى) انه لو خالع امرأته على مال وجب المال عليها وان لم يضمن بخلاف مالو كان الخلع مع أجنبي (يقرره) أن الفضولى لا يتملك بهذا الصلح شيئا ثم يلزمه دفع المال عوضا عن الاسقاط فكذلك المدعى عليه اذا كان منكرا فهو لا يتملك بهذا الصلح شيئا ولكن يلزمه دفع المال عوضا عن الاسقاط كما لو التزمه وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان بدل الصلح كالمقر به يكون عوضا عن المدعى عليه ويصير المدعى عليه بالاقدام على الصلح كالمقر به لان القاضي يقول له أى ضرورة ألجأتك الى الصلح وكان من حقك أن ترفع الامر الي لامنع ظلمه عنك فلما اخترت الصلح صرت كالمقر لما ادعى ولكن هذا اقرار ثبت ضمنا للصلح فاذا بطل الصلح بالاستحقاق يبطل ما كان في ضمنه كالوصية بالمحاباة لما ثبت ضمنا للبيع يبطل ببطلان البيع فلهذا يعود على رأس الدعوى ولما كان هذا الاقرار فى ضمن الصلح لا يظهر حكمه فى غير عقد الصلح واستحقاق الدعوى بالشفعة حكم وراء ذلك فلا يظهر فى حقه كما لو كان الصلح مع فضولي ومنهم من يقول المدعى يستحق المال عوضا فى حقه عن المدعى فأما فى حق المدعى عليه فانه قد التمسه لان اليمين حق للمدعى قبله مستحق الهلاك علي ما بيناه فى الدعوى فيكون بمنزلة القصاص والعفو عن القصاص على مال يأخذه صحيح فكذلك فداء المال باليمين صحيح نص عليه فى الجامع الصغير قال ولو فدى يمينه بعشرة دراهم يجوز وذلك مروى عن حذيفة رضى الله عنه أن رجلا ادعى عليه مالا وطلب يمينه وقال لاتحلفنى ولك عشرة فأبى فقال لاتحلفنى ولك عشرون فأبى فقال لاتحلفنى ولك ثلاثون فأبى فقال لا تحلفنى ولك أربعون فأبى فحلف ومن هذا وقع فى لسان العوام أن اليمين الصادقة يشترى بأربعين درهما فأما المودع اذا ادعى الرد فمحمد رحمه الله يقول بجواز الصلح هناك أيضا فداء لليمين وأبو يوسف رحمه الله لا يجوز ذلك لانه انما استفاد البراءة بمجرد

قوله رددت وهو تسلط على ذلك من جهة المودع وانما اليمين لنفي التهمة (ألاترى) انه لو مات قبل أن يحلف كان بريئا وهنا اليمين حق للمدعى قبل المدعي عليه لمعنى الاهلاك على ماقد قررنا فيجوز أخذ العوض عنها وبهذا يتبين أن هذا ليس بأكل المال بالباطل ولكنه بمنزلة التجارة عن تراض على أحد الطريقين وهو ثبوت الاقرار فى ضمن الصلح وعلى الطريق الآخر هو ليس بتجارة عن تراض ولا أكل بالباطل ولكنه بذل مقيد بمنزلة الهبة والصدقة ونحوهما وفى الحقيقة الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله ينبنى على الابراء عن الحقوق المجهولة بعوض وهو لا يجوز عنده لان معني التمليك يغلب فى الصلح فيكون كالبيع وجهالة المبيع تمنع صحة البيع فكذلك جهالة المصالح عنه وعندنا ذلك جائز بعوض وبغير عوض واعتمادنا فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث خالدا الى بني جذيمة داعيا لامقاتلا وبلغه ماصنع خالد أعطى عليا رضي الله عنه مالا وقال ائت هؤلاء القوم واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك وأدهم كل نفس ذا مال فأتاهم علي رضى الله عنه ووداهم حتى ميلغة الكلاب فبقى في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمونه أنتم ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه أصبت وأحسنت فذلك تنصيص على جواز الابراء عن الحقوق المجهولة بعوض وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للرجلين اللذين اختصما اليه اذهبا تحريا وأقرعا وتوخيا واستهما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه وهذا ابراء عن الحق المجهول والدليل عليه أن الجهالة انما تؤثر لانها لاتمنع التسليم والمصالح عنه لا يحتاج فيه الى التسليم فالجهالة فيه لاتمنع صحة الصلح فنى بيان قول أبي حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار قد طعن فى هذا اللفظ بعض الناس وقال الاختلاف فى الصلح على الانكار اختلاف ظاهر فكيف يكون المختلف فيه أجوز من المتفق عليه ولكنا نقول مراده انه أنفذ وألزم فالصلح مع الاقرار يفسد بأسباب لا يفسد الصلح مع الانكار بذلك السبب أو مراده انه أكثر ما يكون بين الناس لانه اذا وقع الاقرار استوفى المدعى حقه فلا حاجة الى الصلح وانما الحاجة الي ذلك عند الانكار ليتوصل به المدعى الى بعض حقه أو مراده ان ثمرة الصلح قطع المنازعة وذلك عند الانكار أظهر لان مع الاقرار لا تمتد المنازعة بينهما والعقد الذى يفيد ثمرته يكون أقرب الى الجواز مما لا يكون مفيدا ثمرته ثم الصلح على الاقرار تمليك مال بمال فيكون بيعا

وهـذا العقد اختص باسم فلا بد لاختصاصه بالاسم من أن يكون مختصا بحكم وذلك الحكم لا يكون الا جوازه مع الانكار فهو معنى كلام أبي حنيفة رحمه الله ثم اعلم بأن ماوقع عليه الصلح يكون عوضا من المدعي في حق المدعى بمنزلة العوض في البيع فكل ما يصلح أن يكون عوضا في البيع يصلح أن يكون عوضا في الصلح وقد بدا ذلك في البيوع والمصالح عليه يحتاج الى قبضه فلا بد من اعلامه على وجه لا تبقى فيه منازعة بينهما ولهذا لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة ولا يثبت الثياب فيه دينا الا موصوفا مؤجلا كما في البيع والمصالح عليه اذا كان عينا لا يجوز التأجيل فيه كما في البيع لا يجوز التأجيل في العين ثم الصلح عقـد هو فرع فيعتبر بنظائره مما هو أصل حتى اذا كان على دين في الذمة فحكمه حكم اليمين في البيع وان كان على غير دين فحكمه حكم البيع واذا كان على منفعة فحكمه حكم الاجارة وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بالصلح وما لا فلا حتى اذا صالح على سكنى ثبت بعينه الى مـدة معلومـة يجوز وان قال أبدا أو حتي يموت لم يجز وكذلك ان صالح على أن يزرع له أرضا بعينها سنين مسماة يجوز وبدون بيان المـدة لا يجوز كما في الاجارة ولو كان لرجل ظلة أو كنيف شارع على طريق نافذ فخاصمه رجـل فيـه وأراد طرحه فصالحه من ذلك على عشرة دراهم كان الصلح باطلا ويخاصمه في طرحه متى شاء لان هذا الطريق النافذ حق جماعة المسلمين فلا يمكن واحـد منهم أن يعتاض عنـه شيئا فصاحب الظلة لا يستفيد بهذا الصلح حق الاقرار لان لكل مسلم أن يخاصمه في طرحه والذي خاصمه كان محتسبا في ذلك فارتشى لترك الحسبة وذلك حرام وهذا لان من أصل أبي حنيفة رحمه الله ان لكل مسلم أن يمنع من وضع الظلة على طريق المسلمين وأن يطالب الرفع بعـد الوضع سواء كان فيه ضرر أولا ضرر فيه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان فيه ضرر فكذلك الجواب وان لم يكن فيه ضرر فلكل مسلم حق المنع في الابتداء وليس له أن يخاصم في الرفع بعـد الوضع لانه قاصد الى الاضرار بصاحب الظلة غير دافع الضرر عن المسلمين وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله لا يمنع في الابتداء اذا لم يكن فيه ضرر كما لا يرفع بعد الوضع وأبو حنيفة رحمه الله يقول الطريق مشترك بين جميع الناس وكل واحد منهم بمنزلة الشريك في الطريق الخاص فكما لا يعتبر هناك الضرر في ثبوت حق المنع والرفع فكذلك هنا ولو كان على طريق غير نافذ فخاصمه رجـل من أهل الطريق وصالحه على دراهم مسماة كان جائزا لان شركة

أصحاب الطريق شركة ملك ولهذا يستحقون به الشفعة فهذا المصالح ملك نصيبه من صاحب الظلة وتمليك ما هو مملوك له بعوض صحيح فان قيل صاحب الظلة لا يستفيد بهذا الصلح شيئا لان لسائر الشركاء أن يخاصموه فى الطريق قلنا لا كذلك بل يستفيد من حيث ان سائر الشركاء لو صالحوه أيضا لم يكن له أن يخاصمه فى الطريق وهذا لانه بالصلح تملك نصيبه فيصير كأحد الشركاء فى وضع الظلة على هذه الطريق حتى اذا رضى شركاؤه بذلك كان له حق قرار الظلة وبعض المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله كان يقول تأويل هذه المسألة ان الظلة على ما هى على الطريق فالمصالح يصير مملكا نصيبه من وضع أصل البناء وذلك جائز فأما اذا لم يكن كذلك فينبغى أن لايجوز لانه يصير مملكا نصيبه من هواء الطريق وتمليك الاهواء بعوض لايجوز والاصح هو الاول لان هواء الطريق الخاص مشترك بينهم كأصل الطريق واسقاط الحق عن نصيبه من هواء الطريق بعوض صحيح كما يصح اسقاط الحق فيه بغير عوض ولو صالحه على مائة درهم على أن يطرح الظلة عن هذا الطريق كان جائزا لان فيه منفعة لاهل الطريق فكان المفيد للمال صالح عن نفسه ليوصل المنفعة اليهم بازالة الشاغل عن هواء طريقهم وذلك جائز وتأويل هذا ان الظلة كانت على بناء مبنى على الطريق وصاحب الظلة يدعى ملك ذلك الوضع لنفسه أو يدعى حق قرار الظلة بسبب صحيح فسقط حقه بما يأخذ من المال بطريق الصلح على الانكار وذلك جائز من أحد الشركاء عن نفسه وعن أصحابه بطريق التبرع كصلح الفضولى ولو ادعى حقا فى دار فى يدى رجل فصالحه من ذلك على خدمة عبد بعينه شهرا فهو جائز لان المصالح عليه مقدور التسليم معلوم فان مات العبد قبل أن يخدمه بطل الصلح لتحقق فوات المعقود عليه لاعلى عوض فيعود على رأس الدعوى وان مات بعد ما خدمه نصف الشهر كان على دعواه فى النصف اعتبارا للبعض بالكل ولو قتله أجنبي فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يبطل الصلح ولكن للمدعي الخيار ان شاء أبطل الصلح وعاد على رأس الدعوى وان شاء أمضى الصلح واشترى له بالقيمة عبدا آخر ليخدمه وقال محمد رحمه الله الصلح باطل وجه قوله ان الصلح على المنفعة بمنزلة الاجارة ولو قتل العبد المستأجر بطل عقد الاجارة فكذلك اذا قتل العبد الذي وقع الصلح علي خدمته وهذا لان حق المصالح فى المنفعة والقيمة الواجبة على القاتل بدل العين لا بدل المنفعة فقد فات المعقود عليه لاالي عوض وهو نظير موت العبد ولان الصلح عقد محتمل للفسخ ودفع الضرر عن

المدعي ممكن بالاعادة الى رأس الدعوي فلا حاجة بنا الى أن نقيم بدل العين مقام بدل المنفعة في ايفاء هذا العقد بخلاف الوصية فان العبد الموصي بخدمته اذا قتل لاتبطل الوصية لان دفع الضرر عن الموصى له هناك غير ممكن باعادة عوضه اليه فلاجل الضرورة أقمنا بدل العين مقام بدل المنفعة ولان العبد من وجه كأنه موصى به ولهذا يعتبر خروجه من الثلث وأبو يوسف رحمه الله يقول المصالح ملك المنفعة بعقد يجوز أن يملك به العين فاذا هلكت العين وأخلفت بدلا لا يبطل الصلح كالعبد الموصى بخدمته اذا قتل لاتبطل الوصية ولكن يشتري بقيمته عبدا آخر ليخدم الموصي له بخلاف الاجارة وهى ملك المنفعة بعقد لايجوزان تملك به العين فلا يمكن اقامة بدل العين هناك مقام بدل المنفعة فى الاستحقاق بحكم ذلك العقد واذا كان العقد بحيث يجوز أن يملك به العين يمكن اقامة بدل العين فيه مقام بدل المنفعة فى ايفاء العقد ثم الصلح على الانكار فى معنى الوصية لانه ليس بازاء المنفعة بدل يستقر وجوبه باستيفاء المنفعة كما فى الوصية بخلاف الاجارة فان قيل كيف يستقيم هذا والمصالح هناك له أن يؤاجر العبد من غيره وفى الوصية الموصي له بالخدمة لا يملك أن يؤاجره من غيره قلنا انما ملك ذلك لان الصلح على الانكار مبنى علي زعم المدعى وهو يزعم انه ملك المنفعة بعوض فالصلح علي الانكار بمنزلة عقد المفاوضة فاذا تملك المنفعة به ملك أن يؤاجره من غيره وان كان لا يستقر وجوب البدل باستيفاء المنفعة كما اذا ملك المنفعة بالخلع أو النكاح أو الصلح عن القود * توضيحه ان هذا العقد من وجه يشبه الاجارة وهو ان المنفعة تملك بعوض ومن وجه يشبه الوصية وهو ان باستيفاء المنفعة لا يستقر وجوب عوض فلشبهه بالاجارة قلنا يملك أن يؤاجره من غيره ولشبهه بالوصية قلنا لا يبطل بالقتل وتقوم قيمته مقام عينه لان المقصود بهذا العقد قطع المنازعة بينهما وذلك واجب بحسب الامكان ابتداء وبقاء لما فى امتدادها من الفساد وانما أثبت الخيار للمدعى لحصول التغير لافى ضمانه فالمنفعة لاتدخل في ضمانه قبل الاستيفاء وعلى هذا لو كان القاتل هو المدعى عليه تجب القيمة أيضا لانه وان كان مالكا للعبد فالمصالح قد صار أحق به منه فهو فى وجوب القيمة عليه بالقتل كأجنبي آخر عند أبي يوسف رحمه الله كالراهن اذا قتل المرهون أو الوارث اذا قتل العبد الموصى بخدمته وان كان المصالح هو الذى قتل العبد فهو على الخلاف أيضا لانه أجنبي من الرقبة فيلزمه من القيمة بالقتل ما يلزم غيره واختلف مشايخنا رحمهم الله فى ثبوت الخيار للمصالح فى هذا الفصل عند

أبي يوسف رحمه الله فنهم من يقول يثبت كما اذا قتله أجنبي آخر والا وجه أن لا يثبت لان التغيير حصل بفعله هنا وهو راض بفعله لا محالة وهذا على أصل أبي يوسف رحمه الله مستقيم فقد قال اذا جنى البائع علي المبيع وهو فى يد المشترى فهو غير ثابت لا محالة وهذا على أصل أبي يوسف رحمه الله لا يسقط به خيار المشترى بخلاف ماذا جنى عليه غيره وعلي هذا لو صالحه على لبس هـذا الثوب شهرا أو على أن يركب دابتـه هذه الى بغداد فان هذه منفعة يجوز استحقاقها بالاجارة والوصية فكذلك بالصلح فان مات المدعى أو المدعى عليـه وقد استوفى نصف المنفعة فانه يبطل الصلح بقدر مابقي ويرجع فى دعواه بقدره وهذا في قول محمد رحمه الله بناء علي أصله ان الصلح على المنفعة كالاجارة والاجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين وهذا لانه ان مات المدعى فلو أبقينا الصلح أدي الى توريث المنفعة والمنفعة لا يجرى فيها الارث (ألا ترى) أن الموصى له بالخدمة اذا مات لا يخلفه وارثه فى استيفاء المنفعة وأ كثر ما فيه أن يجعل الصلح كالوصية وان مات المدعى عليه فالعين صارت لوارثه والمنفعة بعد ذلك تحدث على ملكه ويستحق عليه منفعة ملكه بغير رضاه فأما عند أبي يوسـف رحمه الله فان مات المدعي عليه لم يبطل الصلح وان مات المدعى ففى سكنى الدار وخدمة العبد كذلك الجواب فأما فى لبس الثوب وركوب الدابة يبطل الصلح وهذا الجواب عنه محفوظ فى الامالى ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول تأويله اذا ادعى عبـدا فى يد غيره ثم صالحه على خدمته شهرا أو ادعى بيتا ثم صالحه على سكناه شهرا فان الصلح علي الانكار مبنى على زعم المدعى وفى زعمه انه يستوفى المنفعة بملكه الاصلي لا ان يتملكها بعقد الصلح بعوض فلا يبطل ذلك بموته ولا بموت المدعى عليـه فأما اذا كان الصلح علي خدمة عبد للمدعي عليـه فينبغى أن يبطل بموت أحدهما كما ذكره في الكتاب مطلقا ومنهم من حقق الخلاف فى الفصول كلها ووجه قول أبي يوسف رحمه الله ما ذكرنا أن المقصود بالصلح قطع المنازعة وفى ابطال هذا الصلح بموت أحدهما اعادة المنازعة بينهما فلوجوب التحرز عن ذلك قلنا بأنه يبقى الصلح بعد موت أحدهما لانه ان مات المدعى عليه فوارثه ينتفع بابقاء هذا الصلح مثل ما كان المورث انتفع به وهو سقوط منازعة المدعي فلو أبطلنا الصلح ربما لا يتمكن من تحصيل هذه المنفعة لنفسه بخلاف الاجارة وان مات المدعى فوارثه يقوم مقامه فيما لا يتفاوت الناس فى استيفائه كخدمة العبد وسكنى البيت وربما لا يتمكن من تحصيل ذلك لنفسه بعقده فابطلنا الصلح فأما فيما يتفاوت الناس فيه كلبس الثوب وركوب

الدابة لايمكن اقامة الوارث فيه مقام المورث للضرر الذى يلحق المالك فيه ولم يرض بالتزامه فلهذا أبطلنا الصلح ويشبه هذا بالمنفعة اذا جعلت بدلا فى الخلع أو الصلح من دم العمد والنكاح فانه لايسقط الحق عنها بموت أحدهما ولكن يستوفى المنفعة أو بدلها بعد الموت على حسب ما تكلموا فيه فكذلك هنا وان صالحه على سكنى بيت فانهدم لم يبطل الصلح لان الاصل باق والانتفاع به من حيث السكنى ممكن الا أن تمام المنفعة بالبناء فاذا رضى المدعى عليه بأن يبنى البيت بماله فيه ليسكنه بقى الصلح بينهما ولكن للمدعى الخيار للتغيير وان شاء أبطل الصلح وعاد على دعواه وان شاء أمضى الصلح وهذا قولهم جميعا والجواب فى اجارة البيت هكذا ولو صالحه من دعواه على كذا كذا ذراعا مسماة من هذه الدار لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وجاز فى قولهما بمنزلة ما اشترى كذا ذراعا من الدار وقد بيناه فى التبرع فان الصلح على عين يكون بمنزلة البيع وكذلك ان صالحه على كذا كذا جريبا من الارض ولو ادعى أذرعا مسماة فى الدار فصالحه منها على دراهم مسماة كان جائزا عندهم جميعا لان جهالة المصالح عنه لاتمنع صحة الصلح كما لو ادعى حقا فى دار ولم يسمه ثم صالح منه على شيء معلوم وهذا لان المصالح عنه لايستحق تسليمه بالصلح فجهالته لا تفضى الى المنازعة ولو ادعى كل واحد منهما فى دار فى يدى صاحبه حقا ثم اصطلحا على أن يسلم كل واحد منهما لصاحبه مافي يده بغير تسمية ولا اقرار فهو جائز لان كل واحد منهما قابض لما شرط له بالصلح فلا حاجة الى التسليم والجهالة انما تمنع اذا كانت تفضى الى منازعة مانعة من التسليم ولو ادعى رجل فى أرض رجل دعوى فصالحه على طعام بعينه مجازفة فهو جائز لان الطعام المعين يجوز بيعه وان لم يكن معلوم القدر فكذلك الصلح عليه وكذلك لو صالح على دراهم بعينها بغير ذكر الوارث لان مثله يصلح ثمنا فى البيع فيصلح بدلا فى الصلح أيضا ولو صالحه على عبد بعينه لم يره فهو بالخيار اذا رآه لان المصالح عليه اذا كان عينا فهو كالمشترى بطريق البناء على زعم المدعى ولهذا يستحق بالشفعة لو كانت دارا ومن اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وكذلك الرد بالعيب فى الصلح بمنزلة الرد بالعيب فى البيع حتى يرد المصالح عليه بالعيب اليسير والفاحش بطريق البناء على زعم المدعي واذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة العيب في الدعوى لان رأس ماله فى حق المدعي عليه هو الدعوى والخصومة فكما ان عند الرد بالعيب يرجع فى ذلك فكذلك عند تعذر الرد بالعيب من الدعوى ولو استحق نصف العبد من يده كان بالخيار فيما بقى لعيب

التبعيض فان رد ما بقى كان على دعواه فان أمسك مابقى منه كان على نصف دعواه اعتبارا لاستحقاق البعض بالكل ولو ادعى رجل فى دار لرجل دعوى فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره بانكار أو اقرار فان ذلك جائز ولا شئ للمصالح من حقوق المدعى انما يكون ذلك للذى فى يده الدار ولا يجب المال على المصالح الا أن يضمنه الذى صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم الا أن الاجنبي ان ضمن المال فهو عليه بالالتزام ولا يدخل فى ملكه بازاء ما التزم شئ لان المسقط يكون متلاشيا ولا يكون داخلا فى ملكه وان لم يلزمه المال بمطلق العقد ولكن ان كان الصلح بأمر المدعى عليه فالمال عليه لان الاجنبي يعبر عنه (ألا ترى) انه لا يستغنى عن اضافة العقد اليه وان كان بغير اذنه فهو موقوف على اجازته لان المال لم يجب للمصالح ولا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضاه والمدعى لم يرض سقوط حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضا المدعى عليه ولو لم يكن فى صلح الاجنبي الا العرف الظاهر وحاجة الناس الى ذلك لان المدعي عليه يتحرز من قبول ذلك مخافة أن يجرى على لسانه ماهو اقرار لكان هذا كائنا لجواز هذا العقد فان صالحه على عبد بعينه فوجد به عيبا فرده أو استحق أو وجد حرا أو مدبرا أو مكاتبا عاد فى دعواه ولم يكن له على المصالح شئ لان هذا الصلح لو كان مع المدعي عليه كان يبطل بهذه العوارض ويعود المدعي على دعواه فكذلك اذا كان مع الاجنبي وهذا لان العقد انفسخ بهذه الاسباب والتزام المصالح كان بالعقد فاذا انفسخ العقد عاد الحكم الذى كان قبله وهو خصومة المدعى مع المدعى عليه ولو صالحه على دراهم مسماة وضمنها له فدفعها اليه فاستحقت أو وجد منها زيوفا أو ستوقا فله أن يرجع بذلك على الذى صالحه دون الذى فى يديه الدار كما لو كان هذا الصلح مع المدعى عليه وهذا لان المصالح التزم بالمال بالعقد دينا فى ذمته حين ضمنه وبالرد بهذه الاسباب ينتقض القبض لا أصل العقد فيعود الحكم الذى كان قبل القبض وهو انه مطالب بتسليم المال بسبب التزامه فى ذمته ولو صالحه على دراهم وضمنها ثم قال لا أؤديها أجبرته على أن يؤديها اليه لانه التزم بالضمان والزعيم غارم وشرط على نفسه أن يؤدى المال والوفاء بالشرط لازم خصوصا اذا كان الشرط في عقد لازم ولو لم يكن ضمنه لم يكن عليه شئ ولكن الصلح موقوف عليه فان قبل لزمه المال وان رد فالصلح باطل ولو ادعى فى دار رجل حقا فصالحه

على دراهم ودفعها اليه ثم استحقت الدار من يد المدعي عليه كان له أن يرجع بدراهمه لان هذا الصلح مبنى على زعم المدعي وفى زعمه انه أخذ الدراهم عوضا عن الدار فاذا استحقت كان عليه رد المقبوض من البدل كالمبيع اذا استحق وان جعلناه مبنيا على زعم المدعي عليه ففي زعمه أنه أعطى المال بغير عوض وان له حق الاسترداد وكذلك لو صالح عنه غيره وضمن المال رجع المصالح بدراهمه لان بعد الاستحقاق ثبوت حق الرجوع بسبب أداء المال وانما يثبت لمن أدى ولو استحق نصفها أو ثبت معلوم فيها أو جميعها الا موضع ذراع لم يكن للمصالح أن يرجع بشئ من الدراهم لانى لاأدرى لعل دعواه فيما بقي دون مااستحق وهـذا الصلح مبني على زعم المدعى وهو يتمكن من أن يقول انما كان حقي مابقى وقد صالحتك عنه فلهذا لايرجع بشئ من الدراهم بخلاف مااذا استحق جميع الدار وان ادعى في بيت في يدى رجل دعوى فصالحه من ذلك على أن يبيت على سطحه سنة فهو جائز لان فى زعم المدعي انه يستوفى ملك المنفعة باعتبار ملك الاصل ولم يذكر مااذا صالحه على أن يبيت آخر بعينه سنة والجواب فى ذلك انه يجوز أيضا لما استشهد به فقال (ألا ترى) انه لو استأجره جاز وقد بينا أن مايستحق من المنفعة بعقد الاجارة يجوز استحقاقه بعقد الصلح قال الحاكم رحمه الله وقد تأوله بعض مشايخنا رحمهم الله على السطح المحجر لانه اذا كان بهـذه الصفة فهو موضع السكنى عادة فيجوز استئجاره لمنفعة السكنى قال رضي الله عنه والاصح عندي أنه يجوز على كل حال لان السطح مسكن كالارض ولو استأجر أرضا معلومة من الارض لينزل فيه مدة معلومة جاز فكذلك السطح وهذا لانه يتمكن من السكنى عليه بنصب خيمة فيه أونحوها ولو ادعى نصف الدار وأقر بأن نصفها لذى اليد فصالحه ذو اليد على دراهم مسماة ودفعها اليه ثم استحق نصف الدار رجع عليه بنصف الدراهم لان فى زعم المدعى أن الدار كانت بينه وبين المدعى عليه نصفين والمستحق نصف شائع فيكون من النصيبين وبه تبين انه استحق نصف ماوقع الصلح عليـه فيرجع بنصف الدراهم لو كان المدعى لم يقر لذى اليد بحق فيها أو قال نصفها لى ونصفها لفلان وقال المدعي كذبت بل نصفها لي والنصف الآخر لاأدرى لمن هو أو قال كلها لى ونصفها لفلان لم يرجع عليه بشئ من الدراهم لانه لم يستحق شيأ وقع الصلح عنه بزعم المدعى فهو يقول انما صالحت عن النصف الذى بقي فى يدك وقد بينا أن الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى واذا كانت الدار وديعـة فى يد المدعى فصالح المدعى من

دعواه فيها على شئ لم يرجع به على المودع لانه كأجنبي آخر فى التزام المال بالصلح فقد كان متمكنا من أن يثبت بالبينة انه مودع فيها لتندفع الخصومة عنه الا أن يكون أمره بذلك فحينئذ يرجع عليه لانه عامل له بأمره فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة واذا صالح الرجل من دعواه فى دار لم يعاينها الشهود ولا عرفوا الحدود أو صالحه من دعواه في دار بغير عينها ثم خاصمه فى دار وزعم أنها غير التى صالحه عنها وقال المدعى عليه هى تلك تحالفا وترادا الصلح وعادا فى الدعوى لان الصلح عقد محتمل للفسخ بالاقالة فاذا اختلفا فى عين ماتناوله العقد تحالفا وترادا كالمتبايعين اذا اختلفا فى عين المبيع ولو أن دارا فى يدى ورثة ادعى رجل فيها حقا وبعضهم غائب فصالح الشاهد منهم المدعي على شئ مسمي من جميع حقه فهو جائز لانه فى حصة شركائه متبرع بالصلح وقد ذكرنا ان صلح المتبرع جائز اذا التزم العوض والدار الموروثة على حالها لان المدعى مسقط لحقه بما يأخذ من العوض غير متملك شيئا ممن يأخذ منه العوض فلا يرجع هذا الصلح عليهم بشئ لانهم لم يأمروه بدفع شئ ولو كان صالح على أن يكون حقه له خاصة دون الورثة فهو جائز أيضا لان المدعى يملك مايدعيه لنفسه من الذى يصالحه بما يستوفى من العوض والصلح مبنى على زعمه فيجوز ثم يقوم هذا المصالح مقام المدعى فيما بينه وبين شركائه على حجة المدعى فان أثبت له ملك شئ معلوم بالحجة ثبت ملكه فى ذلك بالشراء واذا لم يكن له بينة فله أن يرجع على المدعي بحصة شركائه التى لم يسلم له لان المدعى عاجز عن تسليم ذلك اليه والصلح مبنى على زعمه فيتحقق عجزه عن التسليم فى ذلك القدر فيبطل الصلح فيه ويرجع بما يقابله من البدل (ألا ترى) أن رجلا لو ادعي دارا فى يدى رجل فصالحه رجل منها على عبد على أن تكون الدار له ثم خاصمه الذى فى يديه الدار فلم يظفر بشئ كان له أن يرجع على المدعى بالعبد أو بقيمته ان كان هلك عنده لان العقد ينفسخ بينهما لتعذر تسليم المعقود عليه بزعمهما ولو أن رجلين ادعيا دارا فى يدى رجل وقالا ورثناها عن أبينا وجحدهما الرجل ثم صالح احدهما عن حصته من هذه الدعوى على مائة درهم فأراد شريكه أن يشركه فى هذه المائة لم يكن له ذلك لان الملك لو كان ظاهرا لهما فى الدار فباع أحدهما نصيبه لم يكن للآخر أن يشاركه فى ثمنه فكذلك اذا صالح احدهما من نصيبه مع انكار ذى اليد وليس للآخر أن يأخذ من الدار شيئا الا أن يقيم البينة لان ذا اليد بقبوله الصلح مع الانكار لايصير مقرا بحق المصالح فيما صالحه عنه فكيف يصير

مقرا بحق غيره فيما لم يقع الصلح عنه وذكر ابن رستم رحمه الله فى نوادره أن أبا يوسف رحمه الله قال يشاركه وقال محمد رحمه الله لا يشاركه وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان المصالح يزعم انه يأخذ بجهة الميراث عن أبيه ولهذا كان مصروفا الى دين الاب لو ظهر عليه دين ولا يختص أحد الابنين بشئ من ميراث الأب فللآخر حق المشاركة معه فى المقبوض باعتبار زعمه ولو صالح أحدهما من جميع دعواهما على مائة درهم وضمن له تسليم أخيه فان سلم الأخ ذلك له جاز وأخذ نصف المائة لان الصلح فى نصيب أخيه كان موقوفا على اجازته فاذا أجازه جاز ويجعل كأنهما باشرا الصلح فالبدل بينهما نصفان وان لم يجز فهو على دعواه ورد المصالح على الذى فى يديه الدار نصف المائة لان الصلح قد بطل فى نصيب أخيه برده ولو ادعى دارا فى يدى رجل فقال هى لي ولاخوتى فأقر ذو اليد بذلك ثم اشترى منه نصيبه لم يكن لاخوته أن يشاركوه فى شئ من الثمن لانه انما يأخذ العوض عن نصيبه خاصة وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين الصلح فيقول هنا بقية الورثة يتمكنون من أخذ نصيبهم من الميراث أو أخذ العوض عنه بالبيع فالقول بقطع الشركة لا يؤدى الي تخصيص بعض الورثة فى بدل شئ من الميراث بخلاف الصلح على ماقررنا ولو ادعى دارا فى يدى رجل فاصطلحا فيها على أن يسكنها ذو اليد سنة ثم يدفعها الى المدعي فهذا جائز بمنزلة مالو اصطلحا على أن يسكنها المدعى سنة ولم يسلمها لذي اليد وهذا فى جانب المدعى ظاهر لانه يزعم أن رقبتها ومنفعتها له فهو بهذا الصلح يبطل ملكه عن رقبتها ويبقى ملكه فى مقدار ماشرط لنفسه من المنفعة فانما يستوفى ذلك بحكم ملكه وذلك جائز وكذلك ان كان يستوفيها بحكم عقد الصلح كما لو صالحه على سكنى دار أخرى سنة وأما فى جانب المدعى عليه ففيه بعض اشكال لانه يزعم ان رقبتها ومنفعتها له وانه يملكها من المدعى بعد سنة والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط ولا الاضافة ولكنا نقول هذا الصلح مبنى على زعم المدعى وفى زعمه أنه يعيرها من ذى اليد سنة ثم يأخذها منه والمدعى عليه يجعل مملكا رقبتها منه فى الحال مبقيا منفعتها سنة على ملكه وهو انما يستوفى بحكم ملكه وذلك جائز (ألا ترى) أن من أوصى لغيره بسكنى داره سنة ثم مات صارت الدار لورثته وبقيت السكنى على حكم ملك الموصى يستوفيها الموصي له باخلافه له وكذلك لو باع الدار المؤجرة والمشترى يعلم بالاجارة فانه يملك رقبتها وتبقي منفعتها على حق البائع حتى يملكها المستأجر عليه بالاستيفاء ويكون الاجر للبائع فهذا مثله وان كان

للمدعى فيها شركاء لم يجز صلحه عليهم وهم على حجتهم فى اثبات أنصبائهم لانه لا ولاية للمدعى عليه على شركاء المدعى لتملك انصبائهم منه وكذلك لو كان هذا الصلح في أرضه على أن يزرعها ذو اليد خمس سنين على أن رقبتها للمدعى فهو جائز لما قلنا. ولو اشترى دارا فاتخذها مسجدا ثم ادعى رجل فيها دعوى فصالحه الذى بنى المسجد والذين بين أظهرهم المسجد فهو جائز لانهم ينتفعون بهذا الصلح ولو صالحه من لا ينتفع به كالفضولى والتزم المال كان الصلح جائزا فاذا صالحه من ينتفع به كان الى الجواز أقرب وكذلك لو باع الدار أو وهبها لابن صغير أو جعلها مقبرة أو غيرها عن حالها ثم صالح عنها المدعى فهو فيما يلتزم من المال بالصلح لا يكون دون فضولي فيجوز ذلك منه واذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعى بعد الاقرار ثم صالحه جاز الصلح لانه لا معتبر بانكاره بعد الاقرار فهذا صلح على الاقرار وهو جائز بالاتفاق وان أنكر فى الابتداء وصالح ثم أقر أنه كان محقا فى دعواه فالصلح ماض وهو آثم بالجحود لكونه كاذبا فيه ظالما ولكن الصلح من المدعى اسقاط لحقه بعوض وقد بينا أن جحود الخصم لا يمنع صحة الاسقاط من المسقط بغير عوض (ألا ترى) أن الطالب لو أبرأ المديون وهو جاحد للدين كان ابراؤه صحيحا فكذلك جحوده لا يمنع صحة الاسقاط بعوض وهذا لان الاسقاط تصرف من المسقط فى حقه (ألا ترى) ان انكار المرأة للنكاح لا يمنع صحة الطلاق من الزوج بعوض كان أو بغير عوض وكذلك انكار القاتل لا يمنع صحة العفو من الولي لهذا المعنى ولو ادعى دارا فى يد رجل فصالحه منها على خدمة عبد سنة ثم أعتقه صاحبه جاز عتقه لان العبد باق على ملكه وان صارت خدمته للمدعى واعتاقه فى ملك نصيبه نافذ كالوارث اذا أعتق العبد الموصى بخدمته نفذ وكان صاحب الخدمة على حقه لان خدمته صارت مستحقة له بعقد لازم والعتق لا ينافى بقاءها ولو أعتقه المدعى لم ينفذ عتقه لانه مالك للخدمة ونفوذ العتق باعتبار ملك الرقبة وهو من رقبته كأجنبي آخر فلا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم ولو أن رب العبد باعه لم يجز بيعه لانه عاجز عن تسليمه فلا ينفذ بيعه فيه لحق صاحب الخدمة كالآجر اذا باع العبد المؤجر أو الوارث اذا باع العبد الموصى بخدمته أو الراهن اذا باع المرهون ولصاحب الخدمة أن يؤجره للخدمة لما بينا أنه ملك خدمته بعقد معاوضة فهو كالمستأجر يملك أن يؤاجر قال وله أن يخرج بالعبد من المصر الى أهله وقد ذكرنا فى كتاب الاجارات أن من استأجر

عبدا ليخدمه فليس له أن يسافر به (قال رضي الله عنه) وكان شيخنا رحمه الله يقول تأويل ما قال فى كتاب الصلح ان أهل المدعي اذا كانوا فى بعض القرى القريبة من المصر والمدعى عليه يعلم ذلك أو كان هو على جناح السفر والرجوع الى أهله وقد علم ذلك المدعى عليه فحينئذ يكون هو راضيا باخراجه العبد الى أهله لان الانسان انما يستخدم العبد فى أهله وتأويل ما قال فى كتاب الاجارات انه اذا لم يكن ذلك معلوما للآجر عند عقد الاجارة فلا يكون راضيا باخراج العبد وتكليفه خدمة السفر لان الخدمة فى السفر أشق منها فى الحضر (قال رحمه الله) والذى يتراءى لى من الفرق بين الفصلين ان فى باب الاجارة مؤنة الرد على الآجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة فى النقل كانت له من حيث انه يقر حقه فى الاجر والمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يريد أن يلزم المؤاجر مالم يلزمه من مؤنة الرد فأما هنا فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه لانه زعم انه يملك الخدمة بغير شئ فهو كالموصي له بالخدمة فان مؤنة الرد عليه دون الوارث فالمدعى هنا باخراجه الى أهله يلتزم مؤنة الرد لا ان يلزم المدعي عليه شيئا فلهذا كان يخرجه ولو ادعى رجل فى حائط رجل موضع جذوع أو ادعي فى داره طريقا أو مسيل ماء فجحده ثم صالحه على دراهم معلومة جاز لان المصالح عليه معلوم وجهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فان تسلمه بالصلح لا يصير مستحقا ولو ادعي رجل حقا فصالحه من ذلك على طريق فى داره أو على مسيل ماء أو على أن يضع على حائط من داره جذعا فالصلح على الطريق جائز لان المصالح عليه اذا كان عينا فهو كالمبيع وبيع الطريق جائز لان المصالح عليه اذا كان مما لا يقع فيه منازعة يجوز وبيع المسيل لا يجوز لانه مجهول فان كان مسيل ماء الميزاب فذلك يختلف بقلة المطر وكثرته والضرر بحسبه يختلف وان كان مسيل ماء الوضوء فذلك يختلف أيضا بقلة الحاجة اليه وكثرتها فكذلك بيع موضع الجذع من الحائط لا يجوز للجهالة فاستئجار الحائط لوضع الجذع عليه لا يجوز أيضا وقد بينا أن من لا يستحق بالبيع والاجارة فالصلح عليه لا يجوز ولو صالحه على شرب نهر شهرا لم يجز لان بيع الشرب بدون الارض جائز فكذلك الصلح عليه لان ماهو المقصود يختلف بقلة الماء وكثرته وجريان أصل الماء فى النهر على خطر ومقداره غير معلوم ولو صالحه على ان يسيل ماء فيها لم يجز لان مقدار ذلك لا يستحق بالاجارة فكذلك لا يستحق بالصلح عليه بخلاف ما اذا صالحه على عشر نهر بأرضه أو على عشر بئر أو عين فالمصالح عليه هنا جزء معلوم رقبة

النهر واستحقاقه بالبيع جائز فكذلك بالصلح عليه وكذلك لو ادعى عثر نهر أو بئر فصالحه منها علي مال معلوم فهذا الى الجواز أقرب ولو ادعى في دار في يد رجل دعوى فصالحه من ذلك علي عبد ومائة درهم وقيمة العبد مائة درهم ثم استحق العبد رجع في نصف دعواه لانه لو استحق جميع ما وقع الصلح عليه بطل الصلح في الكل وعاد على رأس الدعوى فكذلك اذا استحق نصف ما وقع الصلح عليه وان كان الذي في يديه الدار أخذ من المدعى ثوبا رجع المدعي في نصف الدعوي ونصف الثوب لان من جانب المدعى شيئين المدعى وهو مجهول والثوب وهو معلوم والمعلوم اذا ضم الى المجهول فلا طريق الى الانقسام سوى المناصفة والمدعى عليه بدل المائة والعبد فكان بازاء العبد نصف الثوب ونصف المدعى بازاء المائة فكذلك عند استحقاق العبد يرجع المدعى بما يقابله وهو نصف الدعوى ونصف الثوب ولو كان استحق الثوب رجع الذي في يديه الدار بحصة الثوب من قيمة العبد والدراهم ثم ينظر كم ادعى من الدار فيعود ذلك ان كان معلوما ويقوم الثوب فان كانت قيمتهما سواء رجع بنصف العبد ونصف المائة لان الثوب والمدعى من جانب المدعى فيتوزع عليهما المائة والعبد فاذا استوفى القيمة كان بمقابلة الثوب ونصف المائة وقد استحق الثوب فيرجع بما يقابله وان اختلفا في قدر الحق في الدار فقال الطالب كان لى نصف الدار وقال المدعى عليه بل كان لك عشرها فالقول قول الذى الدار في يديه مع يمينه لانكاره الزيادة وأصل المدعي وهو الدار والصلح كان باعتباره فاذا وقعت الحاجة الى معرفة مقداره كان القول قول المنكر مع الزيادة (ألا ترى) أنه لو باع من رجل طعاما بمائة درهم ودفعها وقبض الطعام ثم وجد به عيبا فرده فقال البائع كان طعامى الذى بعتك كر حنطة وقال الرجل كان نصف كر فالقول قول المشترى مع يمينه ومعنى هذا الاستشهاد أن الصلح علي الانكار مبنى علي زعم المدعي وفي زعمه أن المدعى عليه اشترى منه نصيبه من الدار بما أعطاه من بدل الصلح فاذا وقع الاختلاف في مقدار المشترى جعل القول قول المشترى كما في مسئلة الطعام وكذلك لو اشترى شقصا في دار بعبد فاستحق العبد فقال الذي قبض الشقص كان المبيع ثلث الدار وكان للآخر نصف الدار فالقول قول الذي في يديه الدار لان الاختلاف بينهما في مقدار المشترى فالحاصل أن المشترى قابض للمشترى بالعقد ومتى وقع الاختلاف في مقدار المقبوض يجعل القول قول القابض لانه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله فكذلك اذا أنكر قبض

الزيادة ولو كانت دار في أيدي ثلاثة نفر في يد كل واحد منهم منزل منها وساحتها على حالها
واختصموا فيها فلكل واحد منهم مافي يده والساحة بينهم أثلاثا لان مافي يد كل واحد منهم
الظاهر يشهد له والبناء على الظاهر واجب ما لم يتبين خلافه وحقهم في الساحة على السواء
لان كل واحد منهم مستعمل للساحة في حوائجه وللاستعمال يد فلهذا قضي بالساحة بينهم
أثلاثا فان اصطلحوا قبل أن يقضي بينهم على أن لفلان نصف الساحة وكل واحد من الآخرين
ربعها فهو جائز لانه صلح عن تراض فيما لا يتمكن فيه معنى الربا فيجوز كيفما اتفقوا عليه وكذلك
ان اشترط أحدهم لنفسه نصف المنزل الذي في يد صاحبه جاز لان ذا اليد يصير مملكا
نصف منزله منه بعوض معلوم وذلك صحيح قل العوض أو كثر ولو كانت الدار في يد رجل
منها منزل وفي يد آخر منزل وقال أحدهما الدار بيني وبينك نصفان وقال الآخر بل هي
كلها لي فللذي ادعى جميعها مافي يده ونصف ما في يد صاحبه والساحة بينهما نصفين لان
صاحبه يدعي النصف من جميع الدار شائعا فيكون مدعيا نصف كل جزء بعينه من الدار
والقول للذي في يده جزء معين منها فهو يدعي نصف ذلك ولا مدعي للنصف الآخر
سوى من يدعي جميعها ولا منازع له في ذلك فيأخذ نصف مافي يده والساحة كذلك موضع
معين منهما في يد كل واحد منهما نصفه شائعا فمدعي النصف مدع جميع مافي يده من الساحة
فالقول في ذلك قوله فلهذا كانت الساحة بينهما نصفين والمنزل الذي في يد مدعي الجميع صاحبه
يدعي نصفه ولا يستحق ما في يد الغير بمجرد الدعوى ما لم يقم البينة وذو اليد يدعي جميع
ذلك المنزل فلهذا كان له جميع مافي يده فان اصطلحوا قبل القضاء على أن تكون الدار بينهما
نصفين أو على الثلث والثلثين فهو جائز لوقوع الاتفاق والتراضي على شئ معلوم وكذلك
لو اصطلحوا بعد القضاء فهو جائز بطريق التمليك من كل واحد منهما من صاحبه بعد ما
قضى له به بعوض ولو كان أحدهما نازلا في منزل من الدار والآخر في علو ذلك المنزل
وادعى كل واحد منهما جميعها فلكل واحد منهما ما في يده والساحة بينهما نصفان لان العلو
مسكن على حدة كالسفل فهما كبيتين من الدار أحدهما متصل بالآخر وقد بينا في البيتين
والمنزلين ان لكل واحد منهما مافي يده والساحة بينهما نصفان لثبوت يدهما عليها بالاستعمال
ولا يقال الساحة أرض من جنس حق صاحب السفل فينبغي أن يكون هو أولى بها لان
ثبوت اليد لا تكون بالمجانسة بل بالاستعمال وصاحب العلو مستعمل لها كصاحب السفل فان

اصطلحا قبل القضاء أو بعده على أن لصاحب السفل العلو ونصف الساحة ولصاحب العلو السفل ونصف الساحة جاز لوجود المبادلة بينهما فى العلو والسفل بالتراضي والساحة بينهما نصفان كما هو قضية الحكم واذا كان الحائط بين دارى رجلين وكل واحد منهما يدعى أنه له ولكل واحد منهما عليه جذوع وجذوع أحدهما أكثر من جذوع الآخر كان للآخر أن يزيد فى جذوعه حتى تكون جذوعه مثل جذوع صاحبه لان يد كل واحد منهما ثابتة على الحائط وانه مستعمل له بوضع حمل مقصود عليه ينبنى الحائط لأجله فان الحائط تبني لوضع ثلاثة جذوع عليه كما يبنى لوضع عشرة من الجذوع عليه فكان الحائط بينهما نصفين لاستوائهما فى اليد عليه ولأحد الشريكين أن لا يسوى نفسه بصاحبه فى الانتفاع بالملك المشترى وللمساواة هنا طريقان اما رفع فضل جذوع صاحبه أو بأن يزيد فى جذوعه والرفع غير ممكن بهذا النوع من الظاهر لان الظاهر حجة لدفع الاستحقاق على الغير وكان له أن يزيد فى جذوعه حتى تكون جذوعه مثل جذوع صاحبه ولكن هذا اذا كان الحائط يحتمل ذلك فان كان لايحتمل فالوضع يكون بمنزلة هدم الحائط وليس له أن يهدم الحائط المشترك وقد تقدم بيان هذه الفصول وما فيها من اختلاف الروايات فى كتاب الدعوى والاقرار وليس لواحد منهما أن يبنى على هذا الحائط ويفتح فيه كوة وجمعه كوى ولا بابا لان أصل الحائط مشترك بينهما وفتح الباب والكوة يكون رفعا لبعض الحائط وهو لا يتمكن من أن يرفع جميع الحائط بغير رضا صاحبه فكذلك لايتمكن من رفع البعض وهذا لان فتح الباب والكوة يوهن البناء ويظهر أثر ذلك فى الثانى ان كان لا يظهر فى الحال ولا كذلك بناء الحائط عليه لان فيه وضع حمل زائد على حائط مشترك وفيه ضرر على الحائط لا محالة ولو أراد أن يبنى فى حائط ساحة مشتركة لم يملك ذلك بغير اذن صاحبه فهذا أولى ولو اصطلحا على أن يكون الحائط بأصله لأحدهما وعلى أن يكون للآخر موضع جذوعه وعلي أن يبنى عليه حائطا مسمى معروفا يحمل عليه جذوع علو مسمى فهو باطل لانه انما يستحق بالصلح مايجوز استحقاقه بالبيع أو الاجارة ومثل هذا لا يصير مستحقا بالبيع والاجارة لمعنى الجهالة علي ما قررنا فكذلك لا يجوز أن يقع عليه الصلح واذا اختصما في حائط وكان مخوفا فاصطلحا على أن يهدماه أو على أن يبنياه على أن لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثيه فالنفقة عليهما على قدر ذلك وعلي أن يحملا عليه من الجذوع قدر ذلك فهو جائز لانهما تراضيا على

ماهو معلوم فى نصيبه على ما يجوز أن يكون مبيعا فكذلك الصلح عليه ولو كان بيت فى يد رجل له سطح فادعى رجل فيه دعوى فاصطلحا على أن يكون البيت لأحدهما ويكون سطحه للآخر فهذا لايجوز اذسطحه لا بناء عليه وبيعه لا يجوز فانه بيع الهواء فكذلك لايجوز الصلح عليه وقد ذكرنا قبل هذا انه لو صالح على أن يبيت علي سطح سنة فهو جائز فمن حمل ذلك الجواب على سطح محجر فهو لا يحتاج الي الفرق بين الفصلين والفرق أن هناك المصالح عليه السطح دون المنفعة فاذا لم يكن عليه بناء فهو عبارة عن الهواء وهو لا يملك بالصلح كمالا يملك بالبيع ولو كان عليه بناء أو حجزة فاصطلحا على أن يكون لأحدهما علوه وللآخر سفله جاز لان كل واحد من البيتين يجوز استحقاقه بالبيع فكذلك بالصلح عليه ولو كانت دار فى يد قوم فى يد كل واحد منهم ناحية منها فاختصموا في درج فيها معقود بازج سفلها وهو فى يد أحدهما وظهر الدرج طريق للآخر الى منزله فانه يقضى بالدرج كلها لصاحب السفل لان الظاهر شاهد له فانها فى يده غير ان لصاحب العلو طريقا عليها علي حاله لان صاحب اليد بالظاهر يدفع الاستحقاق ولا يستحق ابتداء وقد عرفنا طريق صاحب العلو على هذا الدرج فلا يكون له أن يمنعه طريقه بالظاهر كما لو كان لانسان حائط وللآخر عليه جذوع فان كان متصلا ببناء أحدهما اتصال وضع فاختلفا فيه فالحائط لصاحب الاتصال ولكن تترك جذوع الآخر على حالها لانه بالظاهر لايستحق رفع جذوع الآخر ولو كان روشن على رأس هذه الدرجة منهم من يقول روشنى وهو على منزل صاحب السفل وهو طريق لصاحب العلو وعرف ذلك فاختصموا فيه فالروشن كله لصاحب العلو لاالسفل لانه بمنزلة سقف منزله فيكون فى يده ولكن صاحب العلو المحجر عليه على حاله لما بينا أن بالظاهر لايمنعه الممر الذى كان معروفا له ولو كان بيت سفل فى يد رجل وبيت علو عليه فى يد آخر فسقف السفل وهواديه وجذوعه وبواريه كله لصاحب السفل لان صاحب السفل مستحق للبيت والبيت انما يكون بيتا بسقف والظاهر أن الذى يبنى البيت يجعله مسقفا ولصاحب العلو سكناه فى ذلك كله لانه بالظاهر لا يمنعه ما كان معلوما بالسكنى فكذلك الدرج والروشن ولو اصطلحا على أن يكون الدرج والروشن بينهما نصفين جاز ذلك قبل القضاء وبعده لتراضيهما عليه ولو أن بيتا فى يد رجل وفوقه بيت فى يد آخر وكل واحد منهما مقر لصاحبه بما فى يده فوهى البناءان جميعا فاصطلحا على أن ينقض كل واحد بيته على

مثل ما كان عليه فهو جائز لأنهما اصطلحا على ما يوافق الشرع فان علي كل واحد منهما اصلاح ملكه شرعا ويؤمر صاحب السفل بالبناء هنا لانه هدم بناء السفل ولو هدمه بغير شرط أجبر على بنائه لحق صاحب العلو فاذا كان عن شرط فهو أولى بخلاف ماأذا سقط بناء السفل فانه لايجبر صاحب السفل على بنائه لانه يلحقه فيه مؤنة لم يرض بالتزامها ولكن يبنى صاحب العلو السفل ثم يبنى عليه علوه ولا يسكنه صاحب السفل حتى يؤدى اليه قيمة البناء وقد بينا هذا فى الدعوى واذا كان لرجل نخلة فى ملكه فخرج سعفها الى ملك غيره فأراد الآخر قطع سعفها فله ذلك لانه شاغل لهواء ملكه وكان له أن يطالبه بالتفريغ فهذا مثله الا أنه انما يتمكن من قطعه اذا كان لايتمكن صاحب النخلة من أن يجوز الي هواء ملكه فان كان يتمكن من ذلك امره به لان مقصوده تفريغ هواء ملكه وذلك يحصل بهذا الطريق فليس له أن يلحق الضرر لصاحب النخلة فى قطع سعفها فان صالحه رب النخلة على أن يترك السعف على دراهم مسماة لم يجز لان هذا لايجوز استحقاقه من هواء ملك الغير بالبيع والاجارة فكذلك لايجوز استحقاقه بالصلح وهذا لانه تمليك جزء من الهواء بعوض وهو غير معلوم فى نفسه اذ أن السعف يطول بمضى الوقت . ولو أن نهرا بين قوم فاصطلحوا على كريه أو بوضع ممشاة أو قنطرة عليه على أن يكون النفقة عليهم بحصصهم فهذا جائز كله عليهم لانهم يجبرون على ذلك لو لم يصطلحوا اذا كان فيه ضرر عام فان رفع الضرر واجب فاذا اصطلحوا كان الي الجواز أقرب فان كان بحيث لايضرهم تركها فى القنطرة والممشاة لايجبرون على ذلك لانه تدبير فى الملك وهو مفوض الى رأى الملاك وانما يجبرون على ازالة الضرر العام فما ليس فيه ضرر عام لا يجبرون عليه وأما الكرى فانى أجبر عليه لان في تركه ضررا عاما فان للناس فى النهر حق السقى فيتضررون بانقطاع ذلك عنهم ولا يصل اليهم ملك المنفعة الا بالكرى وللامام أن يجبر الشركاء فيه على الكرى وتمام هذا فى كتاب الشرب . ولو ادعى زرعا فى أرض رجل فصالحه من ذلك الزرع علي دراهم فهو جائز لانه صلح على الانكار وقد بينا أن المدعي بنفس الدعوى صار حقا للمدعى فى جواز الاعتياض عنه ولم يعارضه المدعي عليه بانكاره فلا يبطل عليه هذا الحق بمعارضته اياه بانكاره لان ذلك ليس بحجة في حق المدعى فى ابطال حقه وكذلك لو ادعى نصفه وان كان بيع نصف الزرع قبل الافراك يجوز لان امتناع جواز البيع لما علي البائع من الضرر في التسليم وهذا لايوجد هنا ولان النصف

الا خر من الزرع لصاحب الارض وبيع نصف الزرع من شريكه قبل الادراك جائز ولو كانت أرض لرجلين فيها زرع لهما فادعاه رجل فجحداه ثم صالحه أحدهما على ان أعطاه مائة درهم على أن يسلم نصف الزرع للمدعى لم يجز لان المدعي عليه يصير مملكا نصف الزرع قبل الادراك من غير شريكه بعوض وذلك لايجوز ولان نصف الزرع والارض للذي هما في يديه فلو جوزنا هذا الصلح صار نصف الزرع للمصالح فيجبر على قلعه وتفريغ أرض الآخر منه ولا يتأتى ذلك الا بقلع الكل وفيه من الضرر على الآخر مالا يخفى وكذلك هذا فى البيع وكذلك النخل والشجر اذا كان مشتركا بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من غير شريكه لم يجز ذلك وقد بينا هذا فى البناء فى كتاب الشفعة فهو مثله فى النخل والشجر ولو ادعى رجل سقفا فى دار فى يد رجل فصالحه منه على سكنى بيت من هذه الدار معلوم عشر سنين فهو جائز لان ماوقع عليه الصلح منفعة معلومة ببيان المدة فان أجره من الذى صالحه جاز فى قول أبى يوسف رحمه الله ولم يجز فى قول محمد رحمه الله وهذا بناء على الفصل المتقدم ان عند محمد رحمه الله استحقاق هذه المنفعة بالصلح كاستحقاقها بالاجارة ولهذا قال يبطل الصلح بموت أحدهما كما تبطل الاجارة ثم المستأجر اذا أجر المؤجر من الآجر لايجوز فكذلك هنا اذا أجره من الذى صالحه لايجوز وعند أبى يوسف رحمه الله استحقاقه هذه المنفعة باعتبار ملكه بناء على زعمه لاباعتبار العقد فكما يملك الاعتياض عنه مع غير الذى صالحه بالاجارة منه فكذلك يملك مع الذى صالحه ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله ان وارثه يخلفه بعد موته فى استيفاء هذه المنفعة ولا يبطل الصلح بموت أحدهما ثم على قول محمد رحمه الله اذا استأجر الذي كان في يديه فكان عنده حتى مضي الاجل لم تجب عليه الاجرة ولكن يبطل الصلح ويعود المدعى على دعواه لفوات المعقود عليه فى ضمانه قال ولو باع هذا السكنى بيعا من رجل لم يجز بيع السكنى وهذا فصل مشترك فان لفظ البيع يملك به الرقبة وملك الرقبة سبب لملك المنفعة فكان ينبغى أن يجوز استعارة لفظ البيع لتمليك المنفعة به مجازا كما انه يجوز النكاح بلفظ الهبة والبيع بهذا الطريق وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان تأويل هذه المسئلة فيما اذا أطلق البيع فى السكنى وبين المدة وانما يفسد لترك بيان المدة كما لو صرح بلفظ الاجارة (قال رحمه الله) والاصح عندى أن الجواب مطلق على ماقال فى الكتاب وانما

امتنع جواز بيع السكنى لانعدام المحل لا لفساد الاستعارة فالمنفعة معدومة فى الحال وايجادها ليس فى مقدور البشر والمعدوم لا يكون محلا لاضافة العقد اليه فالشرع أقام الموجود وهو الدار المنتفع بها مقام المنفعة في جواز اضافة عقد الاجارة اليها فأما لفظ البيع ان أضيف الى الدار فهو تمليك لعينها وان أضيف الى المنفعة فالمعدوم لا يكون محلا لاضافة العقد اليه سواء كانت الاضافة بلفظ الاجارة أو بلفظ البيع حتى لو قال الحر لرجل بعتك نفسى شهرا بكذا لعمل فهذه اجارة صحيحة قال فكذلك لو صالحه الذى كانت الدار فى يده من هذه السكنى على دراهم فهو جائز لانه لو صالحه فى الابتداء على الدراهم يجوز فكذلك اذا صالحه على سكنى معلومة ثم منها على دراهم وهذا على أصل أبي يوسف رحمه الله ظاهر لانه لو استأجره منه بدراهم جاز فكذلك اذا صالحه ومحمد رحمه الله يقول الصلح يمكن تصحيحه بطريق اسقاط الحق فأما الاجارة فلا يمكن تصحيحها الا بطريق التمليك واذا كان يملك هو عليه المنفعة بجهة المعاوضة فيملك أن يملكه منه بمثل تلك الجهة وكذلك لو صالحه من الدراهم علي دنانير وقبضها فهو جائز لان المصالح عليه اذا كان نقدا فهو كالثمن والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز لكن بشرط قبض الدنانير قبل الافتراق لان النقد صرف ولانه لو فارقه قبل القبض كان افتراقا عن دين بدين ولو قبض البعض ثم تفرقا جاز بمقدار ما قبض ويرجع بحصة مابقى من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل قال والاقرار من المدعى للذى فى يديه الشئ به على وجه الصلح لا يمنعه من الدعوى اذا بطل الصلح بوجه من الوجوه لما بينا أن الاقرار ان ثبت فانما يثبت ضمنا للصلح وما يثبت ضمنا للشئ يبقى ببقائه ويبطل ببطلانه كالوصية بالمحاباة فى ضمن البيع والاقرار به من الذى هو فى يديه عند الصلح للمدعي يوجب رده عليه اذا بطل الصلح لانه اقرار مقصود وكان يجب العمل به قبل تمام الصلح فكذلك بعد بطلان الصلح قال وكل شئ وقع الصلح عليه مما لو استحق رجع بقيمته فله أن يبيعه قبل أن يقبضه بمنزلة الصداق وبدل الخلع والصلح عن دم العمد لانه لم يبق فى الملك المطلق للتصرف عذر يمكن التحرز عنه فان ملكه لا يبطل بالهلاك ولكن يتحول الي القيمة وكل شئ يرجع فيه علي دعواه فليس له أن يبيعه قبل القبض لبقاء الغرر فى الملك المطلق للتصرف كما فى البيع وفى العقار الخلاف معروف في جواز البيع قبل القبض وقد بيناه فى البيوع فكذلك اذا وقع الصلح عليه ولو فى ادعى دارا فى يدى رجل حقا فصالحه من ذلك على

عبدين فدفع اليه أحدهما ومات الآخر في يده فالمدعي بالخيار ان شاء رد العبد الذي قبضه وعاد في دعواه وان شاء أمسك ورجع في حصة العبد الميت لان الصفقة تفرقت عليه قبل القبض والتمام فان تمام الصفقة بقبضها وقد بينا أن الصلح على الانكار مبني على زعم المدعى وهو كما لو اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض. ولو كان ادعى في أرض حقا فصالحه منها على أرض أخرى باقرار فغرقت الارض التي وقع الصلح عليها فان شاء المدعى رضي بها وان شاء تركها ان كان قد نقصها الغرق لان ما وقع عليه الصلح بمنزلة المبيع وقد تعيب قبل التسليم فان غرقت الارض التي كان ادعى فيها قبل أن يصل اليها المصالح ونقصها الغرق فهو بالخيار أيضا لان الصلح على الاقرار محض معاوضة فكان المدعى عليه مشتر للمدعى به وقد تعيب قبل القبض فله الخيار وان كان الصلح وقع على الانكار لم يكن له فيها خيار لان في زعم المدعى ان المدعي عليه غاصب بجحوده وانه بالصلح كالمشترى فصار قابضا بنفس الشراء وانما تعيب بعد ذلك . ولو ادعى سكنى في دار وصية من رب الدار فجحده أو أقر به ثم صالحه منه على شيء جازوان كان الموصى له بالسكنى لا يؤاجر لان تصحيح الصلح بطريق اسقاط الحق بعوض ممكن والاصل فيه أن الصلح صحيح بطريق المعاوضة ان أمكن وان تعذر ذلك تصحح بطريق الاسقاط كما لو صالح من الألف على خمسمائة وكذلك لو صالحه على سكنى دار أخرى فانه يصح هذا الصلح بطريق الاسقاط لما تعذر تصحيحه بطريق التمليك فان مبادلة السكنى لا تجوز ولو ادعى دارا في يد رجل فصالحه منها على دراهم مسماة أو على شيء من الحيوان على أن يزيد الآخر كرحنطة لمدة وليس عنده طعام لم يجز لان ما يقع عليه الصلح مبيع وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز قال (ألا ترى) أنه لو باع عبدا بدراهم واشترط للمشترى مع العبد طعاما يعطيه إياه وليس عنده كان البيع فاسدا لهذا المعنى. ولو ادعى في دار رجل طريقا فصالحه منها على دراهم أو على طريق في دار أخرى كان جائزا بعد أن يبين أن الطريق بمنزلة البيع ولو كان له باب في غرفة أو كوة وآذاه جاره وخاصمه فافتدى من خصومته بدراهم وصالحه عليها فالصلح باطل وله أن يترك بابه وكوته على حالهما قال لانهما في غير ملك أحد ومعنى هذا أن الباب والكوة يكون برفع بعض الحائط والحائط خالص ملكه ولو رفعه كله لم يكن لجاره أن يمنعه من ذلك فكذلك اذا رفع بعضه وبهذا يتبين ان الجار ظالم له مدع بالباطل وانه أخذ منه مالا ليكف عن ظلمه وذلك حرام فلهذا لزمه

رده والله أعلم بالصواب

باب الصلح فى الشفعة

(قال رحمه الله) قد ذكرنا فى كتاب الشفعة ان صلح الشفيع مع المشترى على ثلاثة أوجه فى وجه يصح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفى وجه لا يصح ولا تبطل شفعته وهو أن يصالح على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن لان حصته مجهولة ولا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح وفى وجه تبطل شفعته ولا يجب المال وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشترى فهنا تبطل شفعته لوجود الاعراض منه عن الاخذ بالشفعة ولا يجب المال لان ملك المشترى فى الدار لا يتغير بهذا الصلح بل يبقى على ما كان قبل الصلح وترك الشفعة ليس بمال ولا يؤل مالا بحال فالاعتياض عنه بالمال لا يجوز بخلاف القصاص فان نفس القاتل كانت مباحة فى حق من له القصاص وبالصلح تحدث له العصمة في حقه فيجوز أن يلزمه بمقابله ولو صالح المشترى الشفيع على ان اعطاه الدار وزاده الشفيع على الثمن شيئا معلوما فهو جائز لان تسليم الدار بالشفعة بثمن بغير قضاء يكون بيعا مبتدأ والثمن الذى وقع عليه التراضى معلوم فكأنه باعه منه مرابحة بما سميا من الثمن واذا اختصم فى الشفعة شريك وجار فاصطلحا علي أن أخذاها نصفين وسلمها المشتري جاز كما لو باعها منهما ابتداء واذا اشتري الرجل دارا فخاصمه رجل في شقص منها وطلب الشفعة فيما بقى ثم صالحه المشترى على نصف الدار بنصف الثمن على أن يبرأ من الدعوى فهو جائز بمنزلة البيع المبتدإ فان بيع نصف الدار منه بالثمن ابتداء صحيح وشرط البراءة من الدعوى لا يبطل البيع أما اذا لم يكن مشروطا فتصحيح هذا بعقد ممكن بأن كان للمدعي جزء من هذا النصف فيكون المدعى تاركا للدعوى فيه باقدامه على الشراء ابتداء وقابضا لذلك الشقص بحقه مشتريا لما زاد عليه بما سمي من الثمن أو مصالحا في ذلك الشقص بعوض يؤديه مشتريا فيما زاد عليه ولو ادعى فى دار فى يد رجل حقا أو ادعاها كلها فصالحه على دارهم فلا شفعة للشفيع فيها لان المدعى عليه يزعم أن الدار له على قدم ملكه وزعمه فيما فى يده معتبر فكما لا يتمكن المدعى من أخذ ما فى يده باعتبار زعمه فكذلك الشفيع وقد بينا أن باقدامه على الصلح لا يصير مقرا للمدعى بالدار وانما التزم البدل فداء

ليمينه. وان خاصمه في الشفعة فسلم له نصف الدار بنصف الثمن الذى صالح عليها المدعى جاز كما لو باعه منه ابتداء. ولواشترى أرضا فسلم الشفيع الشفعة ثم جحد التسليم وخاصمه فصالحه على ان أعطاه نصف الدار بنصف الثمن جاز وهذا والبيع المبتدأ منه سواء وكذلك لومات الشفيع ثم صالح الورثة المشترى على نصف الدار بنصف الثمن جاز كالبيع المبتداواذا ادعى الرجل شفعة فى دار فصالحه المشترى على أن يسلم له داراً أخرى بدراهم مسماة على أن يسلم له الشفعة فهذا فاسد لايجوز لانه بائع الدار الأخرى منه وقد شرط فيه تسليم الشفعة وهو شرط ينتفع به أحد المتعاقدين فاذا شرط فى البيع فسد العقد كما لو باعه عبدا بألف درهم على أن يسلم له الشفعة ولوادعى شفعة فى عبد فصالحه المشترى على أن يسلم نصف العبد بنصف الثمن وهو معلوم عندهما جاز لانه بيع مبتدأ والبيع ينعقد بلفظ التسليم وبفعل التسليم وان لم يكن هناك لفظ كما هو مذهبنا فى انعقاد البيع صحيحا بالتعاطى والله أعلم بالصواب

باب الصلح الفاسد

(قال رحمه الله) واذا ادعى الرجل فى دار حقا فصالحه ذو اليد على عبد الى أجل فالصلح فاسد لان تصحيح الصلح على الانكار بطريق البناء على زعم المدعي وفى زعمه أنه يتملك العبد بغير عينه بعوض هو مال وذلك فاسد فان قيل الحيوان يثبت دينا فى الذمة فى العقود المبنية على التوسع فى البدل كالنكاح والخلع والصلح على الانكار بهذه الصفة قلنا لا كذلك ولكن الحيوان لايثبت دينا فى الذمة بدلا عما هو مال وانما يثبت بدلا عما ليس بمال (ألا ترى) أن الغرة وجبت شرعا فى جنين الحرة دون جنين الامة وهذا لان مقابلة ماليس بمال لايثبت ثبوتا صحيحا بل يردد بين الحيوان والقيمة وبمقابلة ماهو مال لايمكن اثباته بهذه الصفة ثم الصلح على الانكار فى المصالح عليه غير مبنى على التوسع (ألا ترى) انه لايثبت فى الذمة مع جهالة الصفة وانه يرد بالعيب اليسير والفاحش فكذلك لايثبت الحيوان فيه دينا فان كان صالحه من حقه فقد أقر له بالحق ولكن لم يبين مقداره فالقول فيه قول المدعى عليه بعد أن يقر بشئ لانكاره الزيادة بمنزلة مالو قال لفلان على حق وان كان صالحه من دعواه لم يكن ذلك اقرارا لان الدعوى قد تكون حقا وقد تكون باطلا (ألا ترى) انه لو قال لفلان على دعوى لايصير مقرا له بشئ بهذا اللفظ بخلاف قوله لفلان على حق فكذلك

لو صالحه على دراهم مسماة الى الحصاد وما أشبهه لان الصلح فيما يقع عليه الصلح كالبيع واشتراط هذه الآجال المجهولة مفسد للبيع ولو ادعى رجل في عبد رجل دعوي فصالحه على غلته شهرا فهذا فاسد بخلاف ما اذا صالحه علي خدمته شهرا لان الخدمة معلومة ببيان المدة وهي مقدورة التسليم لصاحب العبد فأما الغلة فمجهولة المقدار في نفسها غير مقدورة التسليم لصاحب العبد لانه ما لم يؤاجره من غيره لا تحصل الغلة له وذلك لا يتم به وحده وبعد ما أجره لاتجب الغلة الا بسلامة العبد في الشهر ولعله يمرض أو يموت فلهذا بطل الصلح وكذلك الصلح على غلة الدار وثمرة النخل فاسد لانه مجهول وهو على خطر الوجود بخلاف الوصية فانها أخت الميراث فمثل هذه الجهالة لاتمنع صحتها أما الصلح فهو بمنزلة البيع والاجارة فيما يقع الصلح عليه ومثل هذه الجهالة تمنع الاستحقاق بالبيع والاجارة وعلى هذا لو صالح من دعواه على شرب يوم من هذا النهر في الشهر من غير أن يكون له حق في رقبته فانه لا يجوز والوصية بمثله تجوز لما قلنا • ولو ادعى قبل رجل ألف درهم دينا فصالحه منها على عشرة دنانير الى أجل لم يجز مقرا كان أو جاحدا أما اذا كان مقرا فلان هذا صرف بالنسيئة وكذلك لو صالحه منها على طعام موصوف مؤجل أو غير مؤجل وفارقه قبل القبض فهو باطل لانه دين بدين والدين بعد المجلس حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ وكذلك لو صالحه من غيره فهو في هذا المعنى وصلح المدعي عليه سواء ولو ادعى عليه ألف درهم سودا فصالحه منها بعد الانكار على ألف درهم بخية الى سنة لم يجز لان البخية لها فضل فالبخية الجياد التي هي نقد بيت المال سميت بذلك لانه يقال لمن يتملكها بخ بخ ثم جعل هذا الفضل عوضا عن الاجل ومعاوضة المال بالاجل لا يجوز وفي نظيره نزل قوله تعالى لاتأكلوا الربا أضعافا مضاعفة ولو ادعى عليه بخية فصالحه على سود مثلها أو أقل حالا أو موجلا فهو جائز لان صاحب الحق هو المحسن اليه من كل وجه حيث أبرأه عن فضل الجودة ولو أبرأه عن بعض المقدار وأجله فيما بقي جاز أيضا واذا كان الاحسان كله من جهته لا يتحقق معنى المعاوضة بينهما ولو باع عبدا بألف درهم سود ثم صالحه على ألف ومائة نبهرجة أو زيوف حالة أو الى أجل كان ذلك باطلا لان ماشرط من زيادة القدر عوض عن الاجل أوعن صفة الجودة فان الزيوف دون السود في الجودة ومثل هذه المعاوضة ربا شرعا وكذلك لو صالحه منها علي شئ مما يكال أو يوزن بغير عينه لم يجز لان المكيل

والموزون اذا قابلته الدراهم يكون مبيعا وهو بيع ماليس عند الانسان وذلك باطل قبض في المجلس أو لم يقبض ولا يمكن تصحيحه سلما وان ذكر شرائط السلم لان رأس المال دين وعقد السلم برأس مال هو دين لايجوز . ولو كان لرجل قبل رجل ألف درهم غلة فصالحه منها على خمسمائة بخية نقدا ونقدها اياه فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله الاول باعتبار انه يجعل كل واحد منهما محسنا الى صاحبه بطريق الاسقاط فصاحب الحق أبرأه عن خمسمائة والمديون أعطى مابقي أجود مما عليه وهذا منه احسان في قضاء الدين وذلك مندوب اليه واذا كان المقصود بالصلح قطع المنازعة فاذا أمكن تصحيحه لايجوز ابطاله وهنا تصحيحه بطريق ممكن فلا يحمل على المعاوضة وان تفرقا قبل أن يقبض فله خمسمائة من غلة الكوفة لانه ابراه عما بقي وانما تبقى الخمسمائة في ذمته بالصفة التي كانت قبل الابراء والمجازاة على الاحسان مطلوبة بطريق ولكن غير مستحق دينا ثم رجع فقال الصلح باطل وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانهما صرحا بالمعاوضة فانه أبرأه عن الخمسمائة بشرط أن يسلم له بصفة الجودة فيما بقي ومعاوضة الدراهم بالجودة لايجوز ومع التصريح بالمعاوضة لايمكن حمله على البراءة المبتدأة كما اذا باع درهما بدرهمين لايجعل أحد الدرهمين هبة ليحصل مقصودهما واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فصالحه منها على مائة درهم على أن يبيعه بها هذا الثوب أو على أن يؤاجره بها هذه الدار أو صالحه منها على عبد بعينه على أن يشتريه منه فهذا فاسد لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وقد بينا أن الصلح في معنى البيع واشتراط بيع أو اجارة في البيع يكون مفسدا له وكذلك لو صالحه منها على دار وشرط أن يسكنها الذى عليه الدين سنة أو على عبد وشرط خدمته سنة فهو فاسد لانه شرط الاجل في تسليم العين أو شرط أحد المتعاقدين منفعة لنفسه من ملك صاحبه وذلك مفسد للبيع والاجارة فكذلك يفسد الصلح ولو ادعى رجل في غنم رجل دعوى فصالحه منها على صوفها الذى على ظهرها أن يجزه من ساعته فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يجوز في قول محمد رحمه الله لان المصالح عليه اذا كان معينا فهو كالمبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم باطل فكذلك الصلح (ألا ترى) انه لو صالحه على صوف على ظهر شاة أخرى بعينها لم يجز لهذا المعنى وأبو يوسف رحمه الله يقول تصحيح هذا الصلح باعتبار زعم المدعى ممكن لانه يزعم أن الصوف والشاة ملكه وانه يترك للمدعى عليه بعض ملكه ويبقى في الصوف لا ان تملكه ابتداء وذلك

جائز وقد بينا أن الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعي وان من أصل أبي يوسف رحمه الله انه اذا أمكن تصحيح الصلح بوجه ما يجب تصحيحه لقطع المنازعة بخلاف ما اذا صالحه على صوف على ظهر شاة أخرى ولو صالحه على ألبانها التي فى ضروعها أو على ما فى بطونها من الولد فهو باطل أما عند محمد رحمه الله فلان هذا بمنزلة البيع وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلانه انما يمكن تصحيح هذا الصلح بطريق ابقاء ملكه فى بعض العين واللبن فى الضرع والولد فى البطن ليس بعين مال متقوم ووجوده على خطر فربما يكون انتفاخ البطن والضرع بالريح بخلاف الصوف على ظهر الغنم فهو مال متعين متقوم مملوك فتصحيح الصلح بطريق ابقاء الملك فيه ممكن ولو ادعى فى أجمة فى يدى رجل حقا فصالحه على أن يسلم صيدها للمدعي سنة فهذا فاسد لانه مجهول ووجوده على خطر وكذلك لو صالحه على ما فيها من الصيد اذا كان ذلك لا يوجد الا بصيد وان كان محظورا لانه غير مملوك لأحد وبيعه لا يجوز لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ضربة القانص ونهى عمر وابن مسعود رضى الله عنهما عن بيع السمك فى الماء واذا كان الصيد محظورا وهو يؤخذ بغير صيد كان الصلح جائزا وله الخيار اذا رآه بمنزلة البيع وقيل تأويله اذا أخذتم السمك فى الماء أو دخل الاجمة مع الماء ثم منع من الخروج بسد فوهة الاجمة فيكون ذلك بمنزلة الاخذ الموجب للملك ولكنه غير مرئى فأما اذا دخل الاجمة مع الماء ولم بسد فوهة الاجمة فلا يجوز بيعه لانه لم يصر مملوكا لصاحب الاجمة بالدخول فى أجمته مالم يأخذه . ولو ادعى فى عبد دعوى فصالحه من ذلك على مخاتيم دقيق معلومة من دقيق هذه الحنطة أو على ارطال من لحم شاة حية لم يجز لانه لا يجوز بيع شئ من ذلك اما لانه معدوم فى الحال أو لانه يحتاج فى تسليمه الى نقض البنية وذلك مانع من جواز العقد وكذلك لو صالحه على عبد آبق فان الآبق لا يجوز بيعه لان ماليته تاوية بالاباق وهو غير مقدور التسليم فكذلك الصلح عليه ولو ادعى قبل رجل مائة درهم وكر حنطة سلما فصالحه من ذلك على عشرين دينارا لم يجز اذا كان رأس المال دراهم لان فى حصة الحنطة هنا استبدال بالمسلم فيه فيبطل لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك والعقد صفقة واحدة فاذا بطل بعضه بطل كله عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر وأما عندهما فالصلح كذلك وقد بيناه فى الكتاب وهذا لان مبنى الصلح على الحط والاغماض والتجوز بدون الحق وربما يكون ذلك فى البعض دون البعض فبعد ما بطل فى البعض لا يمكن تصحيحه

فيما بقي وان كان رأس المال خمسة دنانير فصالحه منها علي عشرين دينارا خمسة منها رأس مال السلم جاز لان في حق السلم هذا صالح على رأس المال وما وراء ذلك بمقابلة المائة وهو صرف مقبوض في المجلس فيكون جائزا وذكر عن أبي اسحاق الشيباني رحمه الله قال سألت عبد الله بن مغفل وفي رواية معقل عن رجل كان لي عليه عشرة اكرار حنطة فاشتريت بها منه أرضا فقال لي خذ رأس مالك وانما أورد هذا لبيان أن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لايجوز ثم عندنا يبقي عليه طعام السلم بحاله أن الشراء والصلح اذا بطل صار كالمعدوم وكأنه ذهب الى انهما قصدا اسقاط طعام السلم الي عوض فيعتبر قصدهما بحسب الامكان ورد رأس المال متعين لذلك ولكن ما ذكرنا أقوى وعن طاوس رحمه الله قال أسلم رجل الى رجل في حال دق فأراد أن يعطيه حلل جل كل حلتين بحلة فسأله ابن عباس رضي الله عنهما عن ذلك فكرهه وبه نأخذ فان هذا استبدال بالمسلم فيه لان الثياب من أنواع مختلفة وأجناس مختلفة وعن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما في بطون الانعام وعن بيع ما في ضروعها الا مكيلا يعنى الا مكيلا بعد الحلب وعن بيع العبد الآبق وعن بيع ضربة القانص وعن بيع الصدقة حتى تقبض وعن بيع المغنم حتى يقسم وبذلك كله نأخذ فان بيع نصيبه قبل القسمة باطل لانه بيع قبل الملك وكذلك بيع الصدقة قبل القبض وبيع ضربة القانص وبيع العبد الآبق باطل للعجز عن التسليم وبيع ما في بطون الانعام وما في ضروعها باطل للغرر والجهالة وعن محمد بن زيد قال سألت ابن عمر رضى الله عنهما فقلت انى أسلمت الى رجل ألف درهم وقال ان أعطيتني برا فبكذا وان أعطيتني شعيرا فبكذا فقال سم في كل نوع وزنا فان أعطاك فذاك والا فخذ رأس مالك وبه نقول اذ مثل هذه الجهالة والتردد يمنع صحة السلم وانه لا يأخذ بطريق الصلح الا سلمه أو رأس ماله وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه نهى عن بيع اللبن في الضرع والحمل في البطن وان صالحه عن سلمه على رأس ماله ثم صالحه من رأس المال على شئ آخر يدا بيد لم يجز ذلك لان حال رب السلم مع المسلم اليه بعد الاقالة كحال المسلم اليه مع رب السلم قبل قبض رأس المال وكما ان الاستبدال برأس المال قبل القبض لايجوز فكذلك بعد الاقالة قبل الرد الا انهما يفترقان من حيث ان قبض رأس المال واجب في المجلس وبعد الاقالة لا يجب قبض رأس المال في المجلس وكان ذلك بمعنى الدينية فان الدين بالدين حرام أو لمقتضى لفظ السلم فهو أخذ عاجل

بآجل وذلك غير موجود فى الاقالة وليس من ضرورة كونه غير مستحق القبض فى المجلس جواز الاستبدال به كالمسلم فيه وعن زفر رحمه الله الاستبدال بعد الاقالة جائز لانه دين سبب وجوبه القبض فيجوز الاستبدال به كبدل القرض والغصب وهذا هو القياس ولكنا تركناه لما بينا ولقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك فلو جوزنا الاستبدال برأس المال بعد الاقالة كان آخذا غير سلمه وغير رأس ماله وذلك ممتنع شرعا ولو أسلم رجل الى رجل دراهم فى شئ سلما فاسدا وتفرقا كان له أن يأخذ بدراهمه مابداله يدا بيد لانه دين سبب وجوبه القبض وعقد السلم كان باطلا فى الاصل وانما يلزمه رد المقبوض باعتبار القبض والاستبدال ببدل القرض فان جعله في شيء من الوزن الى أجل مسمى فهو فاسد لانه دين بدين فالمقبوض صار مملوكا له مع فساد العقد بالقبض ومثله صار دينا فى ذمته فالسلم يضاف الى ذلك الدين ولو ادعى عبدا فى يد رجل ثم صالحه منه على دراهم أو دنانير مؤجلة والعبد قائم أو هالك فهو جائز لانه ان كان قائما بعينه فهو بيع العبد بثمن مؤجل فى زعم المدعى وان كان هالكا فالواجب هو القيمة والقيمة دراهم أو دنانير فهذا تأجيل فى بدل المغصوب وذلك جائز وقد بيناه في الصرف وان صالحه على طعام مؤجل جاز ان كان العبد قائما بعينه لان الطعام متى كان دينا بمقابلة العبد يكون ثمنا ولم يجز ان كان هالكا أما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فظاهر لان الواجب هو القيمة فيكون بائعا ما ليس عنده لان الطعام اذا قوبل بالدراهم والدنانير يكون مبيعا وعند أبى حنيفة رحمه الله ما يقع الصلح عليه يكون بدلا عن العبد علي ما بيناه فى الصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته انه جائز عنده ولكن العبد الهالك فى معنى الدين لان مالا يمكن الوقوف على عينه فهو دين فيكون ذلك دينا بدين فلهذا كان فاسدا ولو لم يكن فيه أجل جاز ان كان بعينه أو بغير عينه فدفعه اليه قبل أن يتفرقا عن عين بدين وذلك جائز وهو دليل لأبى حنيفة رحمه الله فانه لو كان مايقع عليه الصلح بدلا عن القيمة لم يجز وان قبض فى المجلس اذا كان دينا عند العقد لانه بيع ماليس عند الانسان وان فارقه قبل أن يقبضه ولم يكن بعينه والعبد هالك بطل لانهما افترقا عن دين بدين وكذلك ان صالحه على ثياب مؤجلة والعبد هالك لم يجز لانه دين بدين وهو فاسد شرعا والله أعلم بالصواب

باب المهايأة

(قال رحمه الله) اعلم بأن القياس يأبى جواز المهايأة لانها مبادلة المنفعة بجنسها وكل واحد من الشريكين فى نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه فى نوبته ولكن تركنا القياس وجوزناه للكتاب والسنة * أما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهايأة * وأما السنة فما روى أن الرجل الذى خطب تلك المرأة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه ماذا تصدقها قال نصف ازارى هذا قال صلى الله عليه وسلم ماتصنع بازاك ان لبسته لم يكن عليها منه شيء وان لبسته لم يكن عليك شيء وهذا تفسير المهايأة ولان المنافع يجوز استحقاقها بالعقد بعوض وبغير عوض كالاعيان ثم القسمة فى الاعيان المشتركة عند امكان التعديل جائزة فكذلك فى المنافع المشتركة ولهذا يجبر القاضى الشركاء على المهايأة اذا طلب ذلك بعضهم وأبى البعض والذى أبى لم يطلب قسمة العين والاصل أن اختصاص العقد باسم لاختصاصه بحكم يدل عليه معنى ذلك الاسم فقسمة المنافع لما اختصت باسم المهايأة فذلك دليل على اختصاصها بمعنى يدل عليه هذا الاسم وهو أن وصول نصيب أحدهما اليه يسبق وصول نصيب الآخر اليه بخلاف قسمة العين وهذا العقد ليس كالاجارة فى جميع الاحكام لان فى الاجارة يستحق منفعة العين بالعقد وهنا مايستوفيه كل واحد منهما بل يجعل فى الحكم كأنه منفعة ملكه على ما هو موضوع القسمة من العين وكون معنى المعاوضات فيه بيعا وليس فى عين الجارية أيضا لهذا المعنى ولان العارية لا يتعلق بها الاستحقاق ويتعلق بالمهايأة فمن هذا الوجه تشبه الاجارة ولكن الاستحقاق فى المهايأة دون الاستحقاق فى الاجارة على معنى ان هناك لا ينفرد أحدهما بالفسخ بغير عذر وهنا يملك أحد الشريكين فسخ المهايأة بطلب القسمة لان الاصل فيما هو المقصود وهو تمييز الملك قسمة العين والمهايأة خلو عنه (ألا ترى) ان فى الابتداء لو طلب أحدهما قسمة العين لم يشتغل القاضى بينهما بالمهايأة فكذلك فى الانتهاء اذا طلب ما هو الاصل وهو قسمة العين لا تستدام المهايأة بينهما ثم العارية والاجارة تبطل بموت أحدهما وقسمة الشركة تبطل بموت أحدهما عند محمد وعند أبى يوسف رحمه الله لا تبطل والمهايأة لا تبطل بموت أحد الشريكين لانا لو أبطلناها احتجنا الى اعادتها فالشريك الحى أو وارث الميت طالب لذلك ولا فائدة فى نقض شيء يحتاج الى اعادته فى الحال ثم المهايأة قد تكون بالمكان وقد تكون بالزمان فصورة

المهايأة بالمكان فيما بدئ الباب به قال دار بين رجلين تهايآ فيها على أن يسكن كل واحد منهما منزلا معلوماً وأن يؤاجر كل حصة منزله فهو جائز ولا حاجة الى بيان المدة فى صحة هذا العقد لان المهايأة قسمة المنفعة المشتركة وفى قسمة العين لاحاجة الى بيان المدة فكذلك في قسمة المنفعة المشتركة ولان الحاجة الى بيان المدة فى الاجارة لمعرفة مقدار ما يستحق من المنفعة من تلك العين على وجه به تنقطع المنازعة وكل واحد منهما هنا يستوفى المنفعة باعتبار انه ملكه والمنازعة تنقطع ببيان منزل لكل منهما ثم ان كانا شرطا فى المهايأة أن يؤاجر كل واحد منهما منزله فذلك جائز وان لم يشترطا فنى ظاهر المذهب لكل واحد منهما أن يفعل ذلك فى نصيبه وما يستوفى من الغلة حلال له وكان أبو على الشاشي رحمه الله يقول ليس لكل واحد منهما الا ماشرط لان كل واحد منهما منتفع بنصيب صاحبه حقيقة فالمنزل الذى فى يده مشترك بينهما وليس ذلك بحكم المعاوضة بينهما لان معاوضة المنفعة بجنسها لا يجوز فعرفنا أن ذلك بطريق الاباحة والاعارة والمستعير لا يؤاجر بمطلق العقد ووجه ظاهر الرواية أن المهايأة قسمة المنفعة فما يصيب كل واحد منهما من المنفعة يجعل مستحقا له باعتبار قديم ملكه لان المنفعة جنس واحد لايتفاوت بمنزلة القسمة فى المكيل والموزون وهو يملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة له لا من جهة غيره سواء شرط ذلك أولم يشترط وليس لأحدهما أن يحدث في منزله بناء ولا ينقضه ولا يفتح بابا فى حائط ولا كوة الا برضا صاحبه لان العين تبقى مشتركة بينهما كما كانت قبل المهايأة وأحد الشريكين لا يستبد بشئ من هذه التصرفات فى الملك المشترك ما لم يرض به صاحبه وبالمهايأة انما تثبت القسمة فى المنفعة ففيما ليس من المنفعة حالهما بعد المهايأة كما قبلها وكذلك لو تهايآ على أن يكون السفل فى يد أحدهما والعلو فى يد الآخر لان كل واحد منهما مسكن بمنزلة المنزلين فى علو أوسفل وكذلك التهايؤ في الدارين على السكنى والغلة جائز وكان الكرخى رحمه الله يقول المراد اذا تراضيا عليه فأما عند طلب بعض الشركاء فالقاضى لايجبر على ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله بمنزلة القسمة للعين وقد بينا فى كتاب القسمة ان قسمة الجبر لاتجرى فى الدور عند أبى حنيفة رحمه الله بهذه الصفة فكذلك التهايؤ والاظهر أن القاضى يجبر عليه عند طلب بعض الشركاء لان القسمة فى المهايأة تلاقى المنفعة دون العين ومنفعة السكنى تتقارب ولا تتفاوت الا يسيرا بخلاف قسمة العين فالمعادلة في المالية هناك معتبرة والدور

تختلف فى المالية باختلاف المكان والجيران ولهذا كان لكل واحد منهما أن يؤاجر مافى يده ويأكل غلته لان المنفعة سالمة له بهذه القسمة باعتبار قديم ملكه (ألاترى) أن فى الدارين اذا غلت ما فى يد أحدهما أكثر مما غلت مافى يد الآخر فليس لواحد منهما أن يرجع على صاحبه بشئ بخلاف الدار الواحدة فهنالك اذا تهايآ فيها على الاستغلال فكانت غلة نصيب أحدهما في نوبته أكثر فذلك الفضل بينهما لان فى الدارين معنى القسمة والتميز بالتراجع على معنى ان كل واحد منهما يصل الى المنفعة والغلة فى الوقت الذى يصل اليه صاحبه فما يستوفيه كل واحد منهما عوض عن قديم ملكه يستوجبه بعقده فيسلم له وفى الدار الواحدة كل واحد منهما بمنزلة الوكيل من صاحبه فى اجارة نصيبه فى نوبته اذا تهايئا على الاستغلال فانما يكون ذلك بالزمان وأحدهما يصل الى الغلة قبل وصول الآخر اليها وذلك لا يكون قضية القسمة فلا بد أن يجعل كل واحد منهما بمنزلة وكيل عن صاحبه وما يقبضه كل واحد منهما عوض عما يقبض صاحبه من عوض نصيبه فعند التفاضل يثبت التراجع فيما بينهما ليستويا ويوضح هذا أن الفرق على ماذهب اليه الكرخى رحمه الله ان فى المهايأة في الدارين يعتمد التراضى عند أبى حنيفة رحمه الله ظاهر وعندهما قسمة الجبر فى الدارين عند أبى حنيفة رحمه الله لا تجرى الا اذا رأى القاضي المصلحة فيه وعند التراضي يسلم لكل واحد منهما مارضى به صاحبه وفى الدار الواحدة لايعتبر التراضى فى المهايأة فلا بد من اعتبار المعادلة فيما هو المقصود بالمهايأة فلهذا يتراجعان فضل الغلة والمهايأة فى النخل والشجر على كل الغلة باطل لان غلة النخل والشجر لا يجوز استحقاقها بعقد الاجارة فلا تستحق بالمهايأة أيضا وهذا لانها عين تبقى بعد حدوث وتتأتى فيها قسمة العين وانما جواز المهايأة فيما لا يتأتى فيها القسمة بعد الوجود حقيقة أو ما يكون عوضا منه كغلة الدار ونحوها ولهذا لا تجوز المهايأة فى الغنم على الاولاد والالبان والأصواف لانها عين تحتمل القسمة بعد الوجود حقيقة ولو ادعى في دار حقا فتهايئا على أن ينزل بيتا منها من غير صلح على أن يكف عن الخصومة حتى يبدو له أن يخاصم على انه لايستحق من سكنى البيت شيئا ولا يلزمه بخروجه حق فذلك جائز لان ذا اليد أعاره البيت والآخر ترك الخصومة زمانا ومثل هذا يجوز بالتراضى فيه ولا يتعلق به اللزوم وكل واحد منهما على حجته اذا بدا له والتهايؤ على الخدمة في العبد الواحد تجوز على الزمان هذا شهر وهذا شهر لان اعتبار المعادلة فى قسمة الخدمة بالزمان ممكن وذلك فى العبدين اذا تهايئا

على أن يخدم هـذا العبد أحدهما والعبد الآخر الآخر فذلك جائز أما عندهما فلان قسمة الجبر فى الرقيق تجرى فكذلك فى خدمة الرقيق وأما عنـد أبى حنيفة رحمه الله فى الرقيق لاتجرى قسمة الجبر لان اعتبار المعادلة فى المالية غير ممكن فانها تختلف بمعان باطنة لا يوقف على حدها وذلك لا يوجد فى الخـدمة والمهايأة فى خدمة العبدين والمهايأة فى خدمة العبد الواحد سواء ولو تهايئا على الغلة فى العبدين لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وجاز في قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وفى العبد الواحد لا تجوز المهايأة فى الغلة بالاتفاق فهما يقولان معنى القسمة والتمييز يترجح فى غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى نصيبه فى الوقت الذى يصـل الى صاحبه فيجوز ذلك كما فى المهايأة فى الخدمة وفى غلة الدارين فأما فى العبد الواحد فمعنى المعاوضة يغلب لانه يصل أحدهما الى الغلة قبل أن يصل الآخر اليه وفيه معنى الخطر وربما يمرض العبد في نوبة أحدهما فيعجز عن الخدمة وربما يمتنع من الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضـة مبطل له وبه فارق غلة الدار الواحـدة لان باعتبار العادة هنالك الغلة تسلم لكل واحد منهما في نوبته والغالب هو السلامة * توضيحه ان المهايأة فى الغلة من وجه كالمهايأة في الخدمة لان الغلة بدل المنفعة ومن وجه كالمهايأة فى غلة النخل لان ما يسـلم لكل واحد منهما به عين فلشبهه بالمهايأة فى الخدمة جوزنا ذلك فى العبدين لترجح معنى القسمة فيها ولشبهه بالمهايأة في غلة النخل أبطلنا ذلك فى العبـد الواحد وأبو حنيفة رحمه الله يقول المقصود بهذه المهايأة سـلامة سـبب ملك الحيوان فلا يجوز كالمهايأة فى غلة العبد الواحد وكالمهايأة فى أولاد الغنم وألبانها وهذا لان التهايؤ على الاستقلال لو كان يجوز فى الرقيق لكان جوازه فى العبد الواحد أولى لان معنى المعادلة والتمييز فيه أظهر منه فى العبدين فاذا لم يجز ذلك فى العبد الواحد فأولى أن لا يجوز في العبدين وهذا لان الآدمى فى يد نفسه وربما لا ينقاد فى الاستعمال وكل واحد منهما لا يتمكن من تحصيل ماهو المقصود بنفسه فى نوبته أو فيما فى يده من العبد وقيل هذه المسئلة تنبني على اختلافهم في قسمة الرقيق فالمقصود لكل واحد منهما المالية هنا فأبو حنيفة رحمه الله لا يرى قسمة الجبر فى الرقيق وهما يريان قسمة الجبر في الرقيق فكذلك في غلة الرقيق ولهذا لا تجوز المهايأة فى غلة العبـد الواحد عندهم جميعا لان القسمة لا تجرى فيـه بخلاف المهايأة للخدمة فالمقصود هنالك المنفعة دون المالية فجاز ذلك فى العبد الواحد والعبدين واذا كانت جارية بين رجلين فخاف كل واحد منهما

صاحبه عليها فقال أحدهما تكون عندك يوما وعندى يوما وقال الآخر بل نضعها على يدى عدل فانى أجعلها عند كل واحد يوما ولا أضعها على يدى عدل الا بتراضيهما لان اليد مستحقة لكل واحد منهما كالملك فكما لايجوز ابطال ملك العين عليهما بطلب أحدهما فكذلك ابطال ملك اليد وفى التعديل ابطال اليد على كل واحد منهما ولان مايخاف كل واحد منهما موهوم والموهوم لايعارض المتحقق وباعتبار الملك المتحقق لكل واحد منهما يستحق العبد فى نوبته فلا يجوز ابطاله عن يد ما هو موهوم فان تنازعا فيمن يبدأ به فى هذه المهايأة فالرأى فى ذلك الى القاضى يبدأ بأيهما شاء كما فى القسمة والمهايأة فى الخدمة والسكنى للقاضى أن يبدأ بأيهما شاء على وجه النظر دون الميل والاولى أن يقرع بينهما نفيا لتهمة الميل عن نفسه وقد بينا أن فيما للقاضى أن يفعله بغير اقراع يستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه والتهايؤ على الركوب أو الغلة فى الدابتين لايجوز فى قول أبى حنيفة رحمه الله فيما يعلمه أبو يوسف رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز فى الغلة كالركوب جميعا أما فى الغلة فهو بناء على التهايؤ فى غلة العبدين وقد بينا ذلك وانما صحت الرواية هنا عن أبى حنيفة رحمه الله فقال فيما يعلم أبو يوسف رحمه الله لان الدابتين فى القسمة ليستا كالعبدين عند أبى حنيفة رحمه الله فقسمة الجبر فى الدابتين تجوز ولا تجوز فى العبدين ولكن لما كان المقصود أن ما يملكه كل واحد منهما بسبب ملك الحيوان يشبه هذا التهايؤ فى الغنم على الاولاد والالبان فكذلك لايجوزه أبو حنيفة رحمه الله وأما الكلام فى المهايأة فى ركوب الدابتين فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان منفعة الركوب فى الدواب كمنفعة الخدمة فى العبيد والسكنى فى الدار (ألا ترى) أن استحقاق ذلك بالاجارة يجوز وكذلك استيفاؤه بالاعارة فكما لاتجوز المهايأة فى خدمة العبدين فكذلك فى ركوب الدابتين وأبو حنيفة رحمه الله يقول جواز المهايأة فى خدمة العبدين باعتبار معنى المعادلة والتمييز وذلك فى ركوب الدابتين غير ممكن فالناس يتفاوتون فى ركوب الدابة فرب راكب يروض الدابة ويثقلها الآخر ولهذا لو استأجر دابة أو استعارها ليركبها هو لم يكن له أن يركب غيره وبهذا الطريق يتعذر اعتبار معنى المعادلة بين الشريكين فى الانتفاع بالدابتين ركوبا بخلاف الخدمة والسكنى وذلك لايختلف باختلاف المستوفى (ألا ترى) أن من استأجر عبدا للخدمة كان له أن يؤاجره من غيره واذا ثبت بهذا الطريق أن التهايؤ على الدابتين فى الركوب لايجوز ثبت فى الغلة بالطريق

الاولى لان استقلال الدواب بالاجارة ممن يركبها وذلك غير معلوم عند المهايأة والضرر على كل دابة يختلف باختلاف من يركبها فلهذا لايجوز وعلى هذا الخلاف التهايؤ في ركوب دابة واحدة لانهما لايجوز ان التهايؤ فى غلة دابة واحدة كما لايجوز ان في غلة عبد واحد والتهايؤ فى الغنم علي الالبان والأولاد لا يجوز لان ذلك يزيد وينقص ووجود أصله على خطر وكل واحد منهما لا يتمكن من تحصيل ماهو المقصود لنفسه فيما فى يده والتهايؤ فى دار وعبد على السكنى والخدمة جائز لان ماهو المقصود لكل واحد منهما يجوز استحقاقه بالمهايأة عند اتحاد الجنس فعند اختلاف الجنس أولى وعلى الغلة باطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو جائز فى قولهما لان عند أبى حنيفة رحمه الله غلة العبد لا تستحق بالتهايؤ واعتبار هذا الجانب يبطل العقد واعتبار جانب غلة الدار يصححه ويتمكن المفسد من أحد الجانبين بفساد العقد كما لو باع دارا بألف درهم ورطل من خمر ولو تهايئا فى أرض على أن يزرع كل واحد منهما طائفة منها معلومة ويؤاجرها جاز بمنزلة السكنى فى الدار ولهما أن يبطلا المهايأة ويقتسما اذا بدالهما أو لاحدهما لما بينا أن قسمة العين هو الاصل فى الباب وتمام التميز به يحصل وورثتهما فى ذلك بمنزلتهما لقيام الوارث مقام المورث فيما هو من حقه وكذلك المهايأة فى دار وأرض على أن يسكن هذا الدار ويزرع هذا الارض وكذلك المهايأة في دار وحمام لان كل واحدة من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة ولو كانت المهايأة فى منزل واحد على أن يسكن أحدهما سفله والآخر علوه فانهدم العلو كان لصاحبه أن يسكن مع صاحب السفل لانه انما رضي بسقوط حقه عن سكنى السفل بشرط سلامة سكنى العلو له ولم يسلم له حين انهدم فكان هو على حقه فى سكنى السفل باعتبار ملك نصيبه وورثته فى ذلك بمنزلته وان كانا تهايئا على الخدمة فى عبد أو أمة أو فى عبد وأمة على أن تخدم الامة أحدهما والعبد الآخر واشترطا على كل واحد منهما طعام خادمه ففى القياس هذا لا يجوز لان مقدار مايتناول من الطعام فى نوبة كل واحد منهما غير معلوم والآدمى قد ينشط للاكل فى وقت ولا ينشط فى وقت آخر والطعام عليهما سواء لاستواء ملكيهما فيه فلا تمكن فى هذا الشرط معاوضة بينهما فيما هو مجهول وفي العبد والامة هذا القياس أوضح ولكن استحسن جواز ذلك لقلة التفاوت واعتبار ما عليه عادة الناس من المساهلة في أمر الطعام وان اشترطا الكسوة بهذه الصفة لم يجز لكثرة التفاوت في الكسوة ولانه لا يجرى فى الكسوة من المساهلة ما يجرى فى

الطعام ثم كل واحد منهما بما يتناول يتقوى على الخدمة فالظاهر أن كل واحد منهما لا يمنعه من التناول بقدر الكفاية لماله فيه من المنفعة والجهالة اذا كانت لا تفضى الى المنازعة لا تفسد العقد ولا يوجد ذلك فى الكسوة اذ ليس للكسوة تأثير فى احداث القوة على زيادة الخدمة فان أقتا من الكسوة شيئا معروفا لم يجز ذلك لان التفاوت يقل وينعدم بعدم بيان الوصف والمنازعة تنقطع به ولان معنى المعاوضة هنا فيما لا يتم معنى اللزوم فيه فانه بناء على المهايأة وقد بينا أن حكم اللزوم لا يتم بالمهايأة وفى مثله البيان الموصوف يثبت بالقسمة كما فى الصداق ونحوه ولو كانت غنم بين رجلين فتهايئا على أن يرعاها كل واحد منهما شهرا أو على أن يستأجر لها أجيرا جاز لان الرعى فى الدواب بمنزلة الطعام فى بني آدم أو أظهر منه فالتفاوت ينعدم هنا والحر والعبد فى ذلك سواء وولي الصغير بمنزلة الصغير فى ذلك لانه من جملة حوائجه يرجع الي اصلاح ملكه وهو من صنع التجار ولو تهايئا علي الخدمة فى الامتين ثم وطىء أحدهما الامة التي عنده فعلقت فسدت المهايأة لانه تملك نصيب شريكه حين استولدها بضمان نصف القيمة وكما لا يصح ابتداء المهايأة الا بعمل مشترك فكذلك ما لا يبقى ولا شركة بينهما فيها بعد ما استولدها أحدهما وكذلك لو ماتت أو أبقت انتقضت المهايأة لانه انما رضى بسلامة خدمة الأخرى لشريكه بشرط أن يسلم له خدمة التي هى في يده وقد فات ذلك بموتها أو باباقها ولو استخدمها الشهر كله الا ثلاثة أيام فى أول الشهر ثم مرضت أو أبقت نقصت الآخر من شهره ثلاثة أيام باعتبار المعادلة فيما يستوفيه كل واحد منهما من منفعة الملك المشترك ثم يستقبلان المهايأة ولو لم ينقص الثلاثة أيام حتى تم الشهر فى خدمته لم يكن له عليه فى ذلك شيء لانه انما فضل صاحبه فى استيفاء بعض الخدمة والخدمة لا تتقوم الا بالعقد بالتسمية وكذلك لو أبقت احداهما الشهر كله واستخدم الآخر الاخرى الشهر كله لم يكن عليه فى تلك الخدمة ضمان ولا أجر لان المنفعة لا تتقوم بالاتلاف (ألا ترى) أنه لو استخدم الامة المشتركة أحدهما من غير رضا الشريك لا علي وجه المهايأة لم يلزمه فى ذلك ضمان لصاحبه بمنزلة الغاصب ولو عطبت احداهما فى الخدمة لم يضمنها صاحبها لان كل واحد منهما أمين في نصيب صاحبه مما فى يده وانما يستخدمها باذن صاحبه فيكون هو فى ذلك كالمستعير أو المستأجر ولو زوجها من هى في يده لم يجز ذلك لان التزويج تصرف يعتمد الولاية وثبوت الولاية بملك الرقبة وملك الرقبة لكل واحد منهما غير تام فما فى يده بعد

المهايأة كما قبلها فان وطئها الزوج فالمهر بينهما لان المهر بدل المستوفى بالوطء وذلك فى حكم جزء من العين كالارش فأما الذى زوج فله الاقل من نصف المسمى ومن نصف مهر مثلها لانه رضى بسقوط حقه فى ما زاد على المسمى ورضاه معتبر فى حقه وأما الذى لم يزوج فله نصف مهر مثلها لانه لم يرض بسقوط حقه عن شئ منه بالقسمة وعلى هذا السكنى فى المنزل فانه لو انهدم من سكنى أحدهما أو احترق من نار أو قدها فيه لم يضمن لانه بمنزلة المستعير أو المستأجر ولو توضأ فيها فزاق رجل بوضوئه أو وضع شيئا فيها أو جلس فيها أو ربط فيها دابة فعبر به انسان من أهل الدار أو غيرهم لم يضمن لان هذا كله من توابع السكنى (ألا ترى) أن للمستعير والمستأجر أن يفعل ذلك ففعل كل واحد منهما بتسليط شريكه كفعلهما جميعا ولو بنى فيها بناء أو احتفر فيها بئرا فهو ضامن ويرجع عليه بقدر حصته لان هذا التصرف ليس من توابع السكنى فلا يستحقه بالمهايأة فكان هو متعديا فى نصيب شريكه والسبب متى كان بطريق التعدى فهو كالمباشرة فى ايجاب الضمان وانما يتحقق ذلك فى نصيب شريكه دون تضييع فلهذا يرجع بقدر حصته واذا تهايأ الرجلان فى خادمين على أن يخدم أحدهما هذا سنة لفضل خدمتها والأخرى هذا الآخر سنتين فهو جائز لوجود التراضي منهما وحصول المقصود وهو المعادلة في الخدمة فان ولدت احداهما ولدا ومدة المهايأة طويلة فشب الولد فيها كانت خدمته بينهما لان استحقاق الخدمة بالمهايأة لا يسرى الى الولد بمنزلة استحقاق ذلك بالوصية أو الاجارة فالولد تولد من العين فيكون مشتركا بينهما كالاصل ولم تتناوله المهايأة مقصودا ولا تبعا فكانت خدمته بينهما كخدمة الاصل قبل واذا مات أحد الشريكين وعليه دين لم يكن لورثته أن ينفذوا المهايأة ولكن نصيبه يباع في دينه لان حق الغرماء يتعلق بمالية نصيبه بموته وهو مقدم على حق ورثته فكما لا يجوز للورثة مباشرة ابتداء المهايأة مع قيام الدين على الميت فكذلك لا يكون لهم استدامة المهايأة ولو باع أحدهما نصيبه من احدى الخادمين أو أعتقه نفذ تصرفه وبطلت المهايأة لان شركته لم تبق بعد ما نفذ بيعه فيه وعتقه واذا كاتب أحدهما نصيبه فلشريكه أن يبطل المكاتبة لدفع الضرر عن نفسه فان لم يعلم بها حتى أدت بطلت المهايأة ولو باع أحدهما نصيبه بيعا فاسدا ولم يسلم لم تبطل المهايأة وهو الشركة فى الاصل وان سلم بطلت المهايأة لزوال ملكه عن نصيبه وفى البيع الجائز بنفس العقد يزول ملكه فتبطل المهايأة سلم أو لم يسلم وكذلك لو كان المشترى

بالخيار لان ملك البائع يزول مع خيار المشتري وان كان البائع بالخيار لم تبطل المهايأة الا أن يمضي البيع لان خيار البائع يمنع زوال ملكه عن البيع فى المدة مالم يسقط الخيار والله تعالى أعلم بالصواب

باب صلح الأب والوصي والوارث

(قال رحمه الله) واذا كان للصغير دار أو عبد فادعى رجل فيه دعوى فصالحه أبوه على شئ من مال الصبي ينظر في ذلك فان كان للمدعي بينة وكان ما أعطى الأب من مال الصبي مثل حق المدعى أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان سبب الاستحقاق للمدعي ظاهر شرعا فالأب بهذا الصلح يصير كالمشترى لتلك العين لولده بماله والأب غير متهم في حق ولده فعند ظهور الحق للمدعى بالبينة انما تقصد الاب النظر للصبي وربما يكون له في العين منفعة لا يحصل ذلك بقيمته وان لم يكن له بينة لم يجز الصلح من الصبي لان المدعى ما استحق شيئا على الصبي بمجرد دعواه سوى الاستحلاف ولا يستحلف الأب ولا الصبي فى حال الصغر وانما يستحلف اذا بلغ فالاب يفدى هذه اليمين بمال الصغير والا فاليمين ليست بمتقومة وليس للاب ولاية دفع مال الصبي بازاء ما ليس بمتقوم فان صالح من مال نفسه فهو جائز بمنزلة أجنبي آخر صالح علي مال نفسه وضمن ولو ادعى الأب حقا للصبي فى مثل ذلك ثم صالحه منه على شئ وقبضه وهو مثله أو أقل مما يتغابن الناس فيه جاز كما لو باعه ممن هو فى يده وان كان أقل منه بشئ كثير لم يجز ان كانت له بينة لان سبب استحقاق الصبي ظاهر شرعا بالحجة فهو بهذا الصلح كأنه يبيع ماله بغبن فاحش وان لم تكن له بينة على حقه فالصلح جائز لان الصبي مااستحق قبل ذى اليد شيئا سوى اليمين ولا منفعة للصبي فالاب جعل مالا بمقابلة ماليس بمال وهو غير متهم فى هذا بل هو ناظر للصبي بتصيير ماليس بمال فى حقه مالا ووصى الأب فى هذا بعد موت الاب كالاب وكذلك الجد ووصى الجد ولا يجوز صلح غير هؤلاء كالأم والأخ على الصبي ولا عنه لانه لاولاية له عليه فهو فى الصلح في حقه كالاجنبي والمعتوه بمنزلة الصبي لانه مولى عليه. ولو كان للصبي دين علي رجل فصالحه أبوه على بعض وحط عنه بعضا فان كان الاب هو الذى ولي مبايعته جاز الحط فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو ضامن لما حطه ولا يجوز فى قول أبي يوسف رحمه الله وهو نظير

اختلافهم فى الوكيل بالبيع وان لم يكن ولى مبايعته لم يجز حطه وكذلك الوصى لان ثبوت الولاية لهما مقيد بشرط النظر للصبي وليس من النظر اسقاط شئ من حقه بالحط فهما فى ذلك كأجنبى آخر ولو ادعى الوصى شقصا فى دار فجحده رب الدار فصالحه على دراهم قبضها جاز ذلك ان لم يكن لهم بينة على الاصل وكانوا صغارا وكبارا لان الوصي قائم مقام الموصى وفى هذا الصلح نظر للموصى عليه فهو بالدعوى ماستوجب على الخصم الا اليمين ولان منفعته فى مال يقضي به دينه ويستغنى به ورثته وان كانت لهم بينة عليه وكان ما قبض مثل قيمة ذلك أو أقل مما يتغابن الناس فيه جاز عليهم جميعا فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز فى قولهما على الكبار فى حصتهم الا برضاهم وهو نظير اختلافهم فى بيع الوصى شيئا من التركة وفى الورثة صغار وكبار وقد بينا ذلك فى الشفعة ويستوى عندهما ان كانت لهم بينة أو لم تكن لانه لاولاية للوصى على الكبار من الورثة فهو فى حقهم كأجنبي آخر وصلح وصي الأم والأخ على الصبي مثل صلح وصى الأب فى غير العقار لان فيما سوى العقار للوصي ولاية البيع فى تركة الموصى فكذلك له ولاية الصلح فأما فى العقار فليس له ولاية البيع فيما صار للصغير من هذه التركة كما لم يكن للموصى ذلك فى ملك الصبي ولا يجوز صلحه فيه أيضا وكذلك لو كانت الورثة كبارا وصغارا فصلح الوصى فيما سوى العقار جائز عليهم بشرط النظر كما لايجوز بيعه فيه للحفظ عليه واذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية فصالح الوصى من دعوى له فى دار فهو على ماذكرنا فى الورثة اذا كانوا صغارا لان باعتبار الدين والوصية يثبت للوصى فى الولاية للميت حتى يجوز بيعه فى جميع التركة عند أبى حنيفة رحمه الله فكذلك الصلح واذا ادعى الوارث الكبير على الوصى ميراثا من صامت أو رقيق أو أمتعة فجحده ثم صالحه من جميع ذلك على عبد أو ثوب معلوم جاز لوجود التراضى منهما على ما اصطلحا عليه وكذلك لو قال افتدى منك يميني بذلك لان الصلح على الانكار فداء لليمين بالمال ولافرق بين لفظ الفداء وبين لفظ الصلح فيه وان كانا وارثين ادعيا ذلك قبله فصالح احدهما على عرض من غير اقرار لم يكن للآخر أن يرجع على الوصي بشئ لانه بالصلح على الانكار لم يصر مقرا له بشئ وانما فدى يمينه وللآخر أن يستحلفه ان شاء لان حق الاستحلاف كان ثابتا لهما فاسقط ذلك أحدهما بالمال فصح ذلك فى حقه وفى حق الآخر لايصح الا برضاه فان أبى فهو على حقه فى الاستحلاف وان أراد أن يشارك أخاه فيما

قبض فله ذلك باعتبار انه صار راضيا بالصلح فكأنهما صالحاه وهذا اذا كان ماادعياه مستهلكا لان الصلح مبنى على زعمهما فى حقهما وفى زعمهما أن قيمة ذلك دين على الوصى مشترك بينهما وأحد الشريكين فى الدين اذا صالح على شئ كان للآخر أن يشاركه فى المقبوض الا أن يعطيه نصف ما ادعى من ذلك فان كانت الورثة صغارا وكبارا وصالح الوصى الكبار من دعواهم ودعوى الصغار على دراهم وقبضها الكبار وأنفقوا على الصغار حصتهم من ذلك فان ذلك لايجرى على الصغار لانه لاولاية للكبار على الصغار وللصغار أن يرجعوا بحصتهم على الوصى اذا أدركوا ويرجع الوصى على الكبار بحصة الصغار مما أخذوا لانهم يزعمون أنهم أخذوا المال عوضا عن الكل وقد استحق الصغار نصيبهم على الوصى فكان لهم أن يرجعوا بحصة ذلك من المأخوذ من الكبار واذا أقر الوصى أن لاحد الورثة عنده من ميراثه كذا وكذا درهما فأراد بقية الورثة أن يرجعوا على الوصى بحصتهم كما أقر لهذا لم يكن لهم ذلك ولكن ما أقر به لهذا فهو بينهم على المواريث لان الوصى أمين فيما فى يده من التركة والقول قول الامين فى براءة نفسه ولكن لايقبل قوله فيما يدعي من وصول المال الى غيره كالمودع اذا ادعى الرد على الوصى فهنا أيضا قول الوصى فيما يرجع الي براءته مقبول سواء ذكر انه سلم نصيب الكبار اليهم أو ان ذلك لم يصل الى يده ولكن لايقبل قوله فى اسقاط حق الكبار عما أقر به للصغير لان ذلك جزء من التركة وهو مشترك بينهم باعتبار الاصل فلا يقبل قول الوصى فى تخصيص أحدهم به ولكن يجعل ماسوى هذا من التركة كالتاوى فتبقى الشركة بينهم فى هذا واذا أقر الوصى أن عنده للميت ألف درهم وللميت ابنان ثم صالح أحدهما من حصته على أربعمائة درهم من مال الوصى لم يجز لانه أعطاه أقل من حصته وقد بينا فى الدين ان مثل هذا الصلح يجوز بطريق الاسقاط وهنا لا يمكن تصحيحه بطريق الاسقاط لانه عين فى يد الوصى أمانة فلا بد من حمله على معنى المعاوضة ومبادلة الخمسمائة بأربعمائة لايجوز وكذلك لو كان مع الالف متاع فالعلة المفسدة هنا أظهر ولو أن الوصى استهلك ذلك جاز الصلح على أربعمائة لان ما استهلك صار دينا فى ذمته فهذا حط عنه بعض حقه واستوفى البعض فيصح الصلح بطريق الاسقاط واذا مات الرجل وترك ابنا وامرأة وترك رقيقا وعقارا وأمتعة فقبضها الابن واستهلكها أو لم يستهلكها ثم صالحته المرأة بعد اقرار أو انكار على دراهم مؤجلة أو حالة جاز ذلك وصلحها معه مثل صلح الأجنبي مع الأجنبي فى الدعاوى لانها تدعى ميراثا

قبله فان كان مقرا بذلك فالصلح على الاقرار جائز وما يعطيها عوض نصيبها ان كان قائما في يد الابن وان كان مستهلكا فهي قد استوفت بعض حقها وأبرأته عما بقي وان كان منكرا لحقها فالصلح مع الانكار صحيح بطريق الفداء لليمين وقد بينا وجوه صلح بعض الورثة مع البعض واستوفينا جميع ذلك وقال فان كان في الميراث عين ودين فصالح الابن المرأة من ذلك كله ماخلا المال العين والدين فهو جائز لان ماجعل مستثنى لم يتناوله عقد الصلح فكان ذلك غير موجود في التركة أصلا فكما يجوز الصلح من جميع المدعى يجوز من بعضه فيصح وهي انما صالحته عن نصيبها من العروض والعقار خاصة وذلك جائز وان كتب في كتاب البراءة انى دفعت اليك جميع حصتك من المال العين فهو جائز اذا أقرت بالقبض وان كتب انى عجلت لك ميراثك من كل مال دينا على الناس من غير أن شرطتيه على فهو جائز لان اقرارها على نفسها حجة شرعا وما أقرت به كالمعاين في حقها فيبرأ الغريم من حصتها من الدين لان تبرع أحد الورثة بقضاء ذلك الوارث الآخر كتبرع أجنبي آخر ومطلق هذا التبرع يوجب براءة الغريم عنه واذا مات الرجل فأوصى بثلثه لرجل وترك ورثة وفيهم الصغير والكبير فطلب الموصي له موصيه فصالحه بعض الورثة على دراهم مسماة على أن يسلم له ذلك خاصة دون بقية الورثة فان كان الميراث ليس فيه مال غائب ولا عين حاضرة يكون ثلثه مثل ذلك فانى أجيز الصلح اذا كان المال المعين في يد المصالح أو كان الميراث رقيقا أو عقارا لان الموصى له شريك الوارث في التركة فصلح الوارث معه كصلح أحد الوارثين مع الآخر وفي نظير هذا صلح أحد الوارثين مع الآخر على أن يكون نصيبه له صحيحا فكذلك صلح الوارث مع الموصى له فان كان في الميراث دين لم يجز ذلك لان ثلث ذلك الدين صار للموصى له بالثلث فهو يملك ذلك من الوارث يأخذ منه عوضه وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز وان كان عين ثلثه مثل ما أعطى أو أكثر لم يجز الصلح مراده بالعين النقد من الذهب والفضة واذا وقع الصلح على جنس ذلك ومقدار حقه من ذلك الجنس مثل ما استوفى أو أكثر فهذا الصلح يكون ربا وقد بينا فساد ذلك فيما بين الورثة فكذلك فيما بين الوارث والموصى له واذا كان المال المعين في يد الوصى وكان ما أعطى الوارث الموصى له أكثر من ثلثه جاز ذلك اذا قبض الوارث ذلك من الوصى قبل أن يتفرقا وان تفرقوا قبل أن يقبض الوارث المال المعين من يد الوصى ينقض من الصلح حصة المال المعين لان العقد في تلك

الحصة قد صرف ويد الوصي يد أمانة فلا يصير الوارث قابضا بحكم الصرف بيد الوصي واذا افترقا قبل أن يقبض ذلك منه فقد افترقا من المجلس قبل قبض بدل الصرف فيبطل الصلح فى حصة ذلك ويجوز فيما سواه وكذلك ان صالحه على دنانير لان فى حكم الصرف ووجوب القبض فى المجلس لافرق بين أن يكون العقد متناولا لجنس واحد من النقود أو جنسين وان صالحه على مكيل أو موزون بعينه جاز لانه مشتر لما وقع عليه الصلح بنصيبه من التركة والمشترى معلوم معين وان كان بغير عينه لم يجز لانها صفقة واحدة وفى حصة العين من التركة يبطل هذا الصلح لانه بيع ما ليس عند الانسان فالمكيل والموزون بالدراهم يكون مبيعا واذا فسد فى البعض فسد فى الكل واذا صالحه على ثياب موصوفة أومؤجلة ثم تفرقا قبل أن يقبض الوارث حصة الموصى له من المال المعين بطل من الثياب حصة المال المعين لان صفة العقد فى معنى السلم فيشترط قبض رأس المال فى المجلس والا يكون دينا بدين وان تفرقا قبل القبض بطل العقد فى ملك الحصة ولكن هذا فساد طاريء فطريان المفسد فى البعض لا يفسد العقد في الباقى بخلاف المقارن وقد بينا نظيره فى كتاب الصرف ولو كان هذا الصلح فى مال الوارث على أن يسلم الموصى له جميع موصيه من الورثة على سهامهم كان القول فيه مثل ذلك فى جميع مابينا لانه فى الصلح فى نصيب سائر الورثة هو متبرع عنهم بأداء المال وذلك يصح منهم كما يصح من الفضولى فكأنهم صالحوه جميعا على ذلك وصلح الوارث الموصى له وصلح الوارث سواء فى جميع ماذكرنا لانهم فى التركة شركاء وكذلك لو كان الميراث فى يد الموصي له فصالح الوارث على أن أعطاه دراهم على أن يسلم الوارث ميراثه لان الوارث يملك نصيبه من الموصى له بما يقبض منه من العوض فكما يجوز فيه صلح الوارث مع الموصى له اذا كانت التركة فى يده يجوز فيه صلح الموصى له مع الوارث أيضا ولو كان الميراث ما لا معينا ومتاعا وحليا وفيه جوهر لا يخلص الا بضرر والوارث رجلان كبيران وصغير له وصى ورجل موصى له فاصطلحوا على أن قوموا ذلك قيمة عدل وسموا لاحد الكبيرين حليا بعينه ومتاعا ومالا وكذلك للآخر وللصغير والموصي له وأنفذوا ذلك فيما بينهم وجعلوه لمصالحهم بتلك القيمة ولم يتقابضوا لم يجز لان العقد فيما يخص الحلى صرف وترك القبض فى المجلس يفسد فيه وذلك مفسد للعقد فى حصة الجوهر أيضا لانه لا يمكن تخليصه الا بضرر ومثل هذا كما لا يجوز البيع فيه ابتداء فكذلك لا يبقي العقد فيه بعد ما فسد فى

حصة الحلي وقد بينا نظيره في الصرف في السيف المحلي ولو كان وارث منهم اشترى رقيقا ومتاعا بألف درهم ثم ان الوارث الآخر اشترى منهم حليا فيه جوهر بألف درهم على أن يحسب له من نصيبه لم يجز ذلك من قبل أن العقد فيه صرف ولم يوجد التقابض في المجلس ولان حصته مما على أخيه داخلة في ذلك وهو دين ولو كان بعض التركة دينا على أجنبي لم يجز مثل هذا الصلح بين الورثة فيه فكذلك اذا كان دينا على بعض الورثة قال غيره انه يجوز من ذلك الجوهر بحصته اذا كان مميزا وان كان غير مميز لم يجز شيء منه أما اذا كان غير مميز فالجواب ظاهر لان فساد العقد من حصة الحلي فالافتراق مفسد في حصة الجوهر أيضا وان كان مميزا فان كان صلحه مع جميع الورثة والموصي له فانه يجوز من حصة الجوهر لان فساد العقد هنا بترك القبض في المجلس في حصة الحلي وذلك فساد طارئ لا باعتبار ان نصيبه دين فانه ما صالح عن نصيبه على هذا الحلي وانما اشترى هذا الحلي منهم بألف درهم على أن يحسب لهم من نصيبه فكان فساد العقد باعتبار ان الحلي غير مقبوض في المجلس وان الوارث الصغير والموصى له يقبضان حصتهما مما هو دين على الأخ الآخر في المجلس وكل ذلك يفسد العقد لترك القبض في المجلس من غير أن يتبين فيه فساد العقد من الاصل فلهذا يبقى الصلح في حصة الجوهر اذا كان مميزا والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ تم الجزء العشرون من مبسوط الامام السرخسي رحمه الله ﴾

﴿ ويليه الجزء الحادي والعشرون وأوله باب الصلح في الوصايا ﴾

﴿ فهرست الجزء العشرين من مبسوط السرخسي رحمه الله ﴾

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت ﴾